

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

**TÜRK HUKUKUNDA
ADLI VE ÖNLEME AMAÇLI TELEKOMÜNİKASYON
YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ**

Doktora Tezi

MERT GÜMÜŞAY

İSTANBUL 2009

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

**TÜRK HUKUKUNDA
ADLI VE ÖNLEME AMAÇLI TELEKOMÜNİKASYON
YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ**

Doktora Tezi

MERT GÜMÜŞAY

DANIŞMAN : Prof. Dr. NUR CENTEL

İSTANBUL 2009

Marmara Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

Tez Onay Belgesi

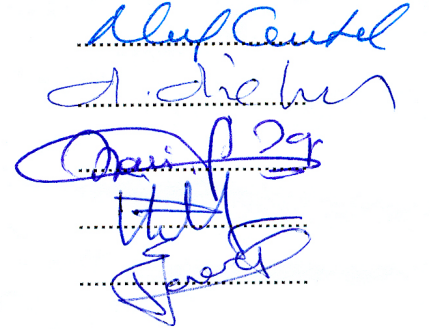
HUKUK Anabilim Dalı KAMU HUKUKU Bilim Dalı Doktora öğrencisi MERT GÜMÜŞAY'ın TÜRK HUKUKUNDA ADLİ VE ÖNLEME AMAÇLI TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ adlı tez çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun 28.05.2009 tarih ve 2009-9/34 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından oybirliği/oyçokluğu ile Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

Tez Savunma Tarihi : 29.06.2009

- 1) Tez Danışmanı : PROF. DR. FATMA NUR CENTEL
2) Jüri Üyesi : PROF. DR. ABDULLAH DİNÇKOL
3) Jüri Üyesi : DOÇ. DR. HAMİDE ZAFER
4) Jüri Üyesi : PROF. DR. YENER ÜNVER
5) Jüri Üyesi : DOÇ. DR. ÖZLEM ÇAKMUT



İÇİNDEKİLER

İçindekiler	I
Kısaltmalar	VII
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL BİLGİLER

I. TERİM	7
II. TELEKOMİNİKASYON YOLUYLA İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ	10
III. TELEKOMİNİKASYON YOLUYLA İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİNİN BAĞLANTILI OLDUĞU İLKELER	14
A. HUKUK DEVLETİ İLKESİ	14
B. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ İLKESİ	20
C. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ	26
D. İNSAN HAYSİYETİNİN DOKUNULMAZLIĞI İLKESİ	29
E. DÜRÜST İŞLEM İLKESİ	31
F. MADDİ GERÇEĞİN ARAŞTIRILMASI İLKESİ	33
IV. TÜRK HUKUKUNDA İLETİŞİMİN DENETLENMESİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ	36
A. CUMHURİYET ÖNCESİ DÖNEMDE İLETİŞİMİN DENETLENMESİ	36
B. CUMHURİYET SONRASI DÖNEMDE İLETİŞİMİN DENETLENMESİ	39
1. Anayasalarda Düzenlenişi	39
a. 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu	39
b. 1961 Anayasası	40
c. 1982 Anayasası	43
2. Kanunlardaki Düzenlenişi	46
a. 01 Haziran 2005 Öncesi Yasal Düzenlemeler	46

aa. 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu	46
bb. 4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu	49
cc. 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu	54
dd. 2803 Sayılı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu	56
ee. 2937 Sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu	57
ff. 1402 Sayılı Sıkıyönetim Kanunu	59
gg. 2813 Sayılı Telsiz Kanunu	60
hh. 406 Sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu	62
b. 1 Haziran 2005 Sonrası Yasal Düzenlemeler	64
aa.5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu	64
bb.5397 Sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun	65
V. TELEKOMİNİKASYON YOLUYLA İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİNİN TASNİFİ	66

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA ADLİ AMAÇLI İLETİŞİMİN DENETLENMESİ

I. GENEL OLARAK	71
II. AMAÇ	72
III. TANIM VE KAPSAM	73
IV. ADLİ AMAÇLI İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİNİN KOŞULLARI VE UYGULANMASI	77
A. ADLİ AMAÇLI İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİNİN KOŞULLARI ..	77
1. Genel Olarak	77
2. İletişimin Dinlenmesi Kayda Alınması ve Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi Tedbirlerinin Şartları	83
a. Tedbirin Uygulanacağı Suç Bakımından	83
aa. Genel Olarak	83

bb. İletişimin Dinlenmesi Kayda Alınması ve Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi Kararı Verilebilecek Suçlar.....	85
aaa. Örgüt Suçları ve Örgüt Faaliyeti Kapsamında İşlenen Suçlar	91
bbb. 5532 Sayılı Terörle Mücadele Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla Eklenen Katalog Suçlar.....	92
ccc. 5353 Sayılı Kanunla Eklenen Katalog Suçlar	94
cc. Suç Vasfının Değişmesi	95
b. Şüphe Bakımından	96
aa. Genel Olarak.....	96
bb. Adli Amaçlı İletişimin Denetlenmesi Tedbiri Bakımından Şüphe.....	99
c. Başka Yolla Delil Elde Edilememesi (İkincilik İlkesi)	103
d. Kişi Bakımından	107
aa. Genel Olarak	107
bb. Tedbire Maruz Kalanlar	109
aaa. Şüpheli veya Sanık	109
bbb. Tanıklıktan Çekinebilecek Kişiler	112
ccc. Müdafî İle Gerçekleştirilen İletişimin Denetlenmesi	116
ddd. Tutuklu ve Hükümlünün İletişiminin Denetlenmesi	117
cc. Özel Soruşturma Usullerine Tabi Kişilerin İletişiminin Denetlenmesi	119
aaa. Milletvekilleri	119
bbb. Hakimler ve Savcılar.....	121
ccc. Avukatlar	124
ddd. Yükseköğretim ve Üst Kuruluşlarında Çalışan Kamu Görevlileri	125
eee. Diğer Kamu Görevlileri	128
dd. Tedbire Rıza Gösterilmiş Olması	130
ee. Kararı Verecek Makam	134
e. Hakim veya Cumhuriyet Savcısının Kararında Bulunması Gereken Bilgiler ..	139
f. Tedbirin Süresi	140
3. İletişimin Tespiti ve Koşulları	144
4. Mobil Telefonun Yerinin Tespit Edilmesi ve Koşulları	148
B. İLETİŞİMİN DENETLENMESİ KARARININ İCRASI	152

1. Genel Olarak	152
2. Gizlilik	155
3. İşlemlerin Tutanağa Bağlanması ve Elde Edilen Delilin Niteliği	157
4. İletişimin Denetlenmesi Tedbirinin Uygulanmasına Son Verilmesi.....	160
C. İLETİŞİM İÇERİKLERİNİN YOK EDİLMESİ VE BİLDİRİM.....	162
1. Genel Olarak	162
2. Elde Edilen Verilerin Yok Edilmesi	165
3. İletişimin Denetlenmesi Tedbirinin İlgililere Bildirimi	167
V. İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİ SONUCU YAPILAN	
TESPİTLERİN CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDAKİ DEĞERİ	171
A. Elde Edilen Bilgilerin Niteliği	171
B. İletişim İçeriklerinin İspat Kuvveti	174
C. İletişimin Denetlenmesi Tedbiri Sonucu Elde Edilen Bilgilerin	
Kullanılmasının Sınırı.....	176
D. Tesadüfen Elde Edilen Deliller.....	180
E. Suç Vasfının Değişmesi	182
F. İletişimin Hukuka Aykırı Denetlenmesi ve Elde Edilen Delillerin	
Değerlendirilmesi.....	184
G. İletişimin Hukuka Aykırı Denetlenmesinin Yaptırımı.....	188
VI. ÖZEL KİŞİLER TARAFINDAN İLETİŞİMİN HUKUKA AYKIRI	
DENETLENMESİ VE YAPTIRIMI	198

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA ÖNLEME AMAÇLI İLETİŞİMİN DENETLENMESİ

I. GENEL OLARAK	202
II. TANIM VE KAPSAM	211
III. KOLLUĞUN BİLGİ TOPLAMA FAALİYETİ VE TELEKOMİNİKASYON	
YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ	214
IV. ÖNLEME AMAÇLI İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİNİN	
UYGULANMA KOŞULLARI	216

A. Tedbirin Uygulanabileceği Suçlar Bakımından	216
B. Tedbirin Uygulanabilmesi İçin Gerekli Şüphe Derecesi Bakımından	222
C. Kişi Bakımından	225
1. Tedbire Maruz Kalabilecek Kişiler	225
2. Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesine Karar Verecek Makam	227
D. Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi Kararının İçeriği ve Tedbirin Süresi ...	232
V. ÖNLEME AMAÇLI İLETİŞİMİN DENETLENMESİ KARARININ İCRASI ...	236
VI. ÖNLEME AMAÇLI İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİNİN SONA ERMESİ	242
VII. ÖNLEME AMAÇLI İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİ SONUCU ELDE EDİLEN VERİLERİN KULLANIMI	245
VIII. ÖNLEME AMAÇLI İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİNİN DENETİMİ VE İLETİŞİMİN HUKUKA AYKIRI DENETLENMESİ	248
IX. TESADÜFEN ELDE EDİLEN VERİLER	252

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE MAHKEME KARARLARINDA HABERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRILMASI

I. GENEL OLARAK	256
II. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNİN İÇ HUKUKTAKİ YERİ VE KİŞİSEL BAŞVURU HAKKININ KABULÜ	257
III. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNİN 8. MADDESİNİN UYGULAMA ALANI VE İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİ BAKIMINDAN GETİRDİĞİ SINIRLAMALAR	260
IV. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA SÖZLEŞMENİN 8. MADDESİ VE İLETİŞİMİN DENETLENMESİ	263
V. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİ BAKIMINDAN ARANAN KRİTERLER VE BU BAĞLAMDA TÜRK HUKUKUNDAKİ DÜZENLEMELERİN ANALİZİ	274
A. Genel Olarak	274

1. Kişisel Başvuruya Konu Olayda Sözleşmeyle Korunan Bir Hakkın ve Bu Hakka Müdahalenin Bulunup Bulunmadığı	275
2. Müdahalenin Yasallığı	278
a. Ulaşılabilirlik	280
b. Öngörülebilirlik	281
c. Açıklık	284
3. Meşru Amaç	286
4. Sınırlamanın Demokratik Bir Toplumda Gerekli Olması	288
5. Sınırlamanın Ölçülü (Dar Anlamada Orantılı) Olması	292
6. Müdahaleyi Haklı Göstermek İçin Ulusal Makamlar Tarafından Gösterilen Gerekçenin Uygun ve Elverişli Olması	296
SONUÇ	300
KAYNAKÇA	326

Kısaltmalar

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFM	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
AÜİFD	: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
Ay.	: Anayasa
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CD.	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CGTİHK	: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CHD	: Ceza Hukuku Dergisi
CMK	: 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
ÇASÖMK	: Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu
ÇASÖMY	: Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Yönetmeliği
çev.	: Çeviren
Dan.	: Danıştay
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DGM	: Devlet Güvenlik Mahkemesi
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
EGM	: Emniyet Genel Müdürlüğü
E.T.	: Erişim Tarihi
EÜHFD	: Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
FBI	: Federal Bureau Of Investigation

GSM	: Global System for Mobile
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İHEB	: İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi
İHFM	: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
İHM	: İnsan Hakları Merkezi
İHY	: İnsan Hakları Yıllığı
İTÜSBD	: İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi
İzmir BD	: İzmir Barosu Dergisi
JTGKYK	: Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu
K.	: Karar
m.	: Madde
Mah.	: Mahkeme
MBD	: Manise Barosu Dergisi
MİT	: Milli İstihbarat Teşkilatı
Pg.	: Paragraf
PVSK	: Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu
P.G.	: Resmi Gazete
RIPA	: Regulation of Interception of Communications and Provision of Communication-related information Act 2002 (United Kingdom)
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBBY	: Türkiye Barolar Birliği Yayınları
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi.
TCK	: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TİB	: Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı
TMK	: Terörle Mücadele Kanunu
vd.	: ve devamı

Y. : Yıl
Yrg. : Yargıtay
YD. : Yargıtay Dergisi
YKD : Yargıtay Kararları Dergisi

GİRİŞ

Günümüzde organize suçluluk türlerinin oldukça yaygınlaşması ve klasik tedbirlerin suçlarla mücadelede yetersiz kalması karşısında, kamu düzeninin korunarak toplumun güvenliğinin sağlanması ihtiyacı soruşturma makamlarını ve idari makamları yeni arayışlara itmiştir. Gerek işlenen suçların aydınlatılması ve failerin yakalanması amacıyla, gerekse suç işlenmesinin önlenmesi amaçlı istihbarat faaliyetlerinde bulunmak suretiyle kamu düzeninin, ulusal güvenliğin korunması gerekliliği nedeniyle klasik tedbirler dışında bazı yeni tedbirlere başvurulmasına ihtiyaç duyulmuştur. Özellikle organize suçlulukla mücadelede, suç örgütlerinin dışa kapalı bir yapıya sahip olmaları nedeniyle klasik ve çoğunlukla da ilgililer tarafından teşhis edilebilir nitelik taşıyan tedbirlerin etkisiz kalması sonucu ilgililerin tedbire başvurulmasından önce fark edemeyecekleri gizli tedbirlere ve bu kapsamda telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Gerçekten telekomünikasyon yoluyla kurulan iletişime değişik şekillerde yapılan müdahaleler sonucu klasik tedbirlerle ve bilgi toplama yöntemleriyle elde edilmesi zor veya imkansız olan verilere ulaşılabilmesinin mümkün hale gelmesi, suç ve suçlulukla mücadele eden adli ve idari kolluk birimlerinde telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurma isteğini arttırmıştır.

Hukuk devleti insan haklarını güvence altına almak, adaleti ve güvenliğini sağlamak için suçlulukla mücadele etmek zorundadır. Suç oranındaki artış hukuk devletinin itibarını zedeleyeceğinden ve toplumda derin yara bırakacağından suçun işlenme oranını en aza indirmek hukuk devletinde büyük önem taşımaktadır. Diğer yandan kamu düzeninin ve toplum huzurunun korunarak güvenliğin tesis edilmesi bir yerde, devletin kolluk teşkilatının ve bu teşkilat mensuplarının varlık nedenini teşkil eder. Suç oranındaki artış kamu düzenini tehdit eder boyuta ulaşmış ise; bu durum kolluğun varlık sebebini yerine getiremediğinin göstergesidir. Topum halinde yaşamak için öncelikli olarak güvenliğin sağlanması gerekliliği karşısında, suç öncesinden başlayarak failin cezalandırılmasına kadar uzanan gelişmelerde bilgi toplama faaliyeti ve telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri büyük önem taşımaktadır.

Bireylerin kendilerini ilgilendiren konularda bilgiye ihtiyaç duyup, yakın çevresi ve toplum ile ilişkilerini bu bilgiler sayesinde sağlıklı şekilde yürütmeleri gibi; devletin de kendisini oluşturan tüm faaliyetlerini, müessese ve kurumlarıyla görev ve sorumluluklarını

yerine getirerek toplumun güvenliğini sağlamak için faaliyet alanlarıyla ilgili bilgilere ihtiyacı bulunmaktadır. Bilgi toplama faaliyetinin günümüz şartlarında işlev kazanabilmesi için ise teknolojik ve çağın gereksinimlerine uygun yöntemlere gereksinim duyulmaktadır. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri de bu ihtiyaç sonucu ortaya çıkan ve gizli olarak başvurulanan tehlike tedbirleri arasında yer almaktadır.

Devlet ihtiyaç duyduğu bilgilere ulaşmak için yürüttüğü bilgi toplama faaliyeti ile temel unsurlarından biri olan milleti teşkil eden fertlere, emniyet, huzur ve güvenlik içinde yaşamalarının, gelişmelerinin, sosyal refahlarının, yönetime katılmalarının, hak ve hukuklarını korumalarının imkanını sağlar. Bu amaca ulaşmak için ise hem kendisine, hem de fertlere görev ve sorumluluklar yükler. Fertlerin can, ırz, mal dokunulmazlıklarının, kişi dokunulmazlıklarının, tasarruf ve emniyetlerinin sağlanması ve korunması görevi devletindir. Bunun yanında toplumda insan haklarının gerçekleştirilmesi, adaletin sağlanması, toplumsal barış ve kamu düzeninin temin edilmesi de hukuk devletinin varlık sebebidir. Devletin bu yükümlülüklerinin yerine getirilebilmesi amacıyla son yıllarda soruşturma ve idari kolluk makamlarınca teknolojik gelişmelerin de etkisiyle ceza muhakemesinde ve soruşturma öncesi yürütülen önleyici kolluk faaliyetlerinde başvurulabilen yeni tehlike tedbirlerine ihtiyaç duyulmuştur. Önleyici ve adli kolluk faaliyetlerinde suç ve suçlulukla mücadelede gizli olarak başvurulanan tehlike tedbirleri arasında yer alan telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri; araya elverişli bir vasıta sokulmak suretiyle (kablo, radyo ve diğer elektromanyetik sistemlerle veya tek yönlü sistemlerle alan ve ileten araçlara girilerek) kişiler arasında cereyan eden her türlü haberleşmenin, haberleşenlerin bilgisi dışında gizlice dinlenmesi, bundan elde edilen bilgilerin kaydedilmesi ve değerlendirilmesi olarak tanımlanabilir.

Toplumun tehlikelerden korunarak güvenliğin tesis edilmesi; bilgi toplama faaliyetlerine ve bu kapsamda temel hak ve özgürlüklere sınırlama getiren belirli tedbirlere başvurulmasını gerektirir. Bu tedbirlerden bir kısmı suç öncesi suçu veya tehlikeyi önlemeye hizmet eden önleyici tedbirlerdir. Bir kısmı ise; suç işlendikten sonra şüphe sebeplerinin aranması ve elde edilmesine yönelik, iyi bir muhakeme yapmanın şartlarının hazırlanması için uygulanan koruma tedbirleridir. Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbiri gerek suç öncesinde kolluğun önleme yetkileri, gerekse suç sonrasında adli yetkiler çerçevesinde gündeme gelebilir. Hukukumuzda önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri ile adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin bazı güçlükler bulunmasına rağmen birbirinden açıkça ayrıldığı görülmektedir. Gerçekten hukuk sistemimizde iletişimin

denetlenmesi tedbiri önleyici (istihbari) ve adli amaçlı olmak üzere iki şekilde uygulanmaktadır. Adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine 5271 sayılı CMK hükümlerine göre; önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine ise 5397 sayılı yasa hükümlerine göre başvurulmaktadır.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin adli amaçlı denetlenmesi tedbirine mevzuatımızda ilk kez 4422 sayılı ÇASÖMK’nda yer verilmiştir. Ancak 4422 sayılı yasada telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmasına, sadece bu yasa kapsamında kalan örgütlü suçlarla sınırlı kalacak şekilde imkan tanınmaktaydı. Diğer yandan çıkar amaçlı suç örgütü kavramının üzerinde uzlaşılan bir tanımı bulunmaması da zaman içerisinde birçok suçun 4422 sayılı yasa kapsamına girmediği halde bu yasa kapsamında değerlendirilmesine ve keyfi uygulamalara başvurulmasına açık kapı bırakmaktaydı. 4422 sayılı yasanın yürürlüğe girmesine kadar geçen süreçte ise; 1412 sayılı CMUK’nun arama ve elkoymaya ilişkin 91 ve 92. maddeleri genişletici yoruma tabi tutularak telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine başvuruluyordu. Gerçekten 1412 sayılı CMUK’nun 91. maddesinde; “maznuna gönderilen mektuplar vesair mersule ve telgrafların posta ve telgrafhanede zaptının caiz olduğu” düzenlemesine yer verilmekteydi. Düzenlemede açıkça iletişimin denetlenmesi tedbirine yer verilmemişti. Ancak 1412 sayılı CMUK’nun 91/2 hükmünde yer alan “vesair mersule” deyiminin, soruşturma makamlarının telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurma ihtiyacı ve mevzuatın bu ihtiyacı karşılamadaki yetersizliği karşısında, genişletici yoruma tabi tutularak telefonları da kapsayacak şekilde uygulanabileceği kabul edilerek açık bir yasal dayanağı bulunmadığı halde iletişimin denetlenmesi ve özellikle telefon dinleme tedbirine başvurulmasına karar verilmekte ve buna dayalı olarak da tedbire başvurulmaktaydı. 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı yasanın “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi” başlıklı beşinci bölümünde ise; soruşturma ve koğuşturma aşamasında başvuru alan telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbiri ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin düzenlendiği CMK’nun “İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması” başlıklı 135. maddesinde (25.05.2005 T. ve 5353 sayılı yasanın 17. maddesi ile değişik) esasen amaçları bakımından farklı nitelik taşıyan ve ikili gruplandırmaya tabi tutulabilecek koruma tedbirinin aynı madde içerisinde düzenlendiği görülmektedir. Buna göre birinci grupta; delil elde etmek amacıyla başvuru alan şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişiminin tespit edilebilmesi, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirleri yer almaktadır. Maddede aynı

başlık altında düzenlenen ve diğerlerinden farklı nitelik taşıyan ikinci tedbir ise; yegane amacı şüphelinin veya sanığın yerinin belirlenerek yakalanabilmesi olan mobil telefonun yerinin tespit edilmesi tedbiridir.

5397 sayılı yasayla 2559 sayılı PVSK'nun ek 7, 2803 sayılı JTGYK'nun ek 5 ve 2937 sayılı yasanın 6. maddesinde yapılan değişikliklerle polis ve jandarmaya önleyici kolluk faaliyeti kapsamında suç işlenmesinin önlenmesi amaçlı, Milli İstihbarat Teşkilatına da ulusal güvenlikle ilgili istihbarat toplama görevi kapsamında önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurma imkanı tanınmıştır. Suçludan bir adım önde olmayı amaçlayarak suçu ve suçluluğu önlemek maksadıyla geliştirilen yöntemler arasında yer alan ve idari nitelik taşıyan bu önleyici tedbirin ön plana çıkan iki önemli yönü gizliliği ve istihbarata yönelik oluşudur. Demokratik hukuk devletinin bir gereği olarak kişinin temel hak ve özgürlükleri arasında yer alan haberleşme özgürlüğüne yönelik müdahale niteliği taşıyan ve suçla önleyici mücadelede idari kolluk makamları tarafından başvuru, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine ancak temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırını teşkil eden Anayasanın 13. ve haberleşme hürriyetini güvence altına alan Anayasanın 22. maddesi ile AİHS'nin 8. maddesi doğrultusunda, yasal dayanağı olduğu sürece, demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkesi ile uyumlu olması kaydıyla başvurulabilir.

Anayasanın 22/2 ve AİHS'nin 8/2 hükümlerinde haberleşme özgürlüğünü sınırlama sebepleri tahdidi olarak sayılmış, sınırlama sebepleri arasında da milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi sebeplerine yer verilmiştir. Bu itibarla; temel hak ve özgürlükler arasında yer alan haberleşme özgürlüğüne şartları olduğu takdirde kamu makamlarınca yapılacak müdahale ile sınırlama getirilebilmesi, bu kapsamda önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması mümkün hale gelmiştir. 5397 sayılı yasa kolluğa önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurma yetkisini vermeden önce kolluk görevi gereği yine bilgi toplayabilmekte ve gerekli tedbirleri alabilmekteydi. Bu tür bilgi toplama faaliyetleri kolluğun etrafı kollama, istihbarat toplama görevinden kaynaklanmaktaydı (PVSK ek m.7/1 ve JTGYK m. 7/a). Ancak kolluğun suçun önlenmesi ve ulusal güvenliğin sağlanması amacıyla iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurmaya cevaz veren yasal düzenleme mevzuatımızda bulunmadığından önleyici kolluk faaliyeti çerçevesinde başvurulmasına ihtiyaç duyulan iletişimin denetlenmesi tedbiri yasal dayanaktan yoksun kalmaktaydı. Bu haliyle temel hak ve özgürlüklerin ve bu kapsamda haberleşme hürriyetinin

ancak yasal dayanağı olduğu sürece, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçölülük ilkesine uygun olarak sınırlanabileceğine ilişkin güvence getiren 1982 Anayasasının 13, 22 ve AİHS'nin 8. maddelerinde yer alan düzenlemeler karşısında önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması hukuka aykırılık teşkil etmekteydi. Gerçekten bu dönemde kolluğun bilgi toplama görevi gerekçesiyle başvurduğu önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri pozitif hukuka aykırılık teşkil etmekte ve yasal dayanağı olmaksızın tedbirine başvurulması nedeniyle yapılan uygulama gerek Anayasaya, gerekse AİHS'ne aykırılık teşkil etmekteydi. Bu nedenle bireyin temel hak ve özgürlüklerinden olan haberleşme özgürlüğüne hangi amaçla ve hangi koşullarda müdahale edilebileceğini düzenleyen Anayasasının 22. maddesi ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırını oluşturan ve ancak yasayla sınırlanabileceklerini öngören Anayasasının 13. maddesi karşısında, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin olarak açık, ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelik taşıyan yasal düzenlemeler getirilmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu doğrultuda 5397 sayılı yasayla getirilen düzenlemelerle önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin yasal dayanağının oluşturulması ve keyfi uygulamaların önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

Çalışmamızda kullandığımız “tedbir” ifadesinden adli ve önleme amaçlı olarak başvuru telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbiri anlaşılmalıdır. Bununla birlikte çalışmamızda gereksiz tekrardan kaçınmak amacıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi yerine sözleşme, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yerine mahkeme, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı yerine ise başkanlık kelimeleri kullanılmıştır.

Dört bölümden oluşan çalışmamızın genel bilgiler başlıklı birinci bölümünde telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirinin tanımı ve tedbirle ilgili kavramlar, tedbirin hukuksal niteliği, bağlantılı olduğu ilkeler, tarihsel gelişimi ve adli ve önleme amaçlı olmak üzere ikili tasnifi yapılarak konu ele alınacaktır.

Türk hukukunda adli amaçlı iletişimin denetlenmesi başlıklı ikinci bölümünde; suç soruşturmasında ve koğuşturmada adli amaçlı olarak başvuru ve koruma tedbiri niteliği taşıyan yönüyle telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri ele alınacaktır. Bu kapsamda; tedbirin amacı, kapsamı, koşulları ve icrası, elde edilen verilerin yok edilmesi, ilgisine bildirimde bulunulması, başvuru tedbir sonucu elde edilen verilerin

ceza muhakemesi hukukundaki değeri ve özel kişiler tarafından iletişimin denetlenmesi konuları ayrı başlıklar altında ele alınacaktır.

Türk hukukunda önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi başlıklı üçüncü bölümde; meşruluğunu devletin, kişilerin ve toplumun güvenliğini, huzurunu sağlama görevinden alan ve idari nitelik taşıdığından idari kolluk birimlerince başvuru alan önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin tanım ve kapsamı; kolluğun bilgi toplama faaliyeti ile ilişkisi, uygulanma koşulları, icrası, sona ermesi, tedbire başvurulması sonucu elde edilen verilerin kullanımı ile tedbirin denetim şekilleri, hukuka aykırı olarak önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması ile tedbir sonucu tesadüfen elde edilen verilerin akıbeti konuları ayrı başlıklar altında ele alınarak açıklanmaya çalışılacaktır.

Çalışmamızın dördüncü ve son bölümünde; Türkiye'nin 10 Mart 1950 tarih ve 6366 sayılı yasa ile uygun bulduğu ve onay belgesinin 18 Mayıs 1954 tarihinde teslim edilmesiyle ülkemiz açısından yürürlüğe giren, yasa gücünde olup iç hukukumuzun bir parçası haline gelen AİHS ve AİHM içtihatları bağlamında konu ele alınacaktır. Bu kapsamda öncelikle AİHS'nin iç hukukumuzdaki yeri ve kişisel başvuru hakkının kabulü, özel hayatın gizliliğini ve haberleşme hürriyetini güvence altına alan AİHS'nin 8. maddesinin uygulanma alanı, iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından getirdiği sınırlamalar, AİHM kararları ışığında sözleşmenin 8. maddesi ve telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri ile bu bağlamda AİHM kararlarında telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından aranan kriterler ve iç hukukumuzda adli ve önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından getirilen düzenlemelerin AİHM'nin haberleşme hürriyetinin sınırlandırılmasında aradığı kriterleri teorik anlamda karşılayıp karşılamadığının analizi yapılarak konu ele alınacaktır. Çalışmamızın sonuç kısmında ise; telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin olarak çalışmamız sonucunda elde ettiğimiz tespitlerimiz ile doktrinde tartışmalı konulara ilişkin görüşlerimiz özetle ortaya konulacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL BİLGİLER

I. TERİM

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin olarak 1412 sayılı CMUK’nda herhangi bir düzenleme yer almamakta, tedbire 4422 sayılı ÇASÖMK’nun 2. maddesi çerçevesinde sadece bu kanun kapsamında yer alan örgütlü suçlar bakımından başvurulmaktaydı. Bu kanunda tedbiri ifade etmek için “iletişimin dinlenmesi ve tespiti” terimi kullanılmaktaydı. 4422 sayılı ÇASÖMK’nun 5320 sayılı “Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun” 18. maddesi ile 1 Haziran 2005 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yürürlükten kaldırılmasıyla bu tedbir mevzuatımızda sadece 5271 sayılı CMK’nda yer almıştır. Daha sonra 03.07.2005 tarih ve 5397 sayılı “Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile birlikte mevzuatımızda ilk kez önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine yer verilmiştir.

CMK’nda telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi başlıklı beşinci bölümde bu tedbire yer verilmiş, alt başlık olarak ise iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması terimi kullanılmıştır. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin düzenlendiği 5397 sayılı yasada ise telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespit edilmesi, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınması terimi kullanılmıştır.

İletişim terimi geniş anlamıyla bilgi, düşünce, inanç ve tutumların ortak semboller sistemi aracılığı ile kişiler veya gruplar arasında değiş tokuş edildiği süreci ifade etmektedir¹. İletişim kavramı, teknolojik gelişmelerin ortaya çıkardığı veya çıkaracağı tüm haberleşme vasıtalarını kapsamına alır. Bu kapsamda iletişim; haber, yazı, resim, ses veya sinyallerin

¹ İçel, Kayıhan, Kitle Haberleşme Hukuku, İstanbul 2001, s.4.; İçel, Kayıhan/Ünver, Yener, Kitle Haberleşme Hukuku, İstanbul 2005, s.3; 26.01.2001 tarih ve 24299 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 4422 sayılı ÇASÖMK’nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin tanımlar başlıklı 4. maddesinde iletişim; “Telefon, faks ve bilgisayar gibi kablolu, kablosuz veya diğer elektromanyetik sistemlerle veya tek yönlü sistemlerle alınan veya iletilen sinyaller, yazılar, resimler, görüntü veya sesler ve diğer nitelikteki verilerin nakledilmesini ... ifade eder.” şeklinde tanımlanmıştır.

telefon, faks, bilgisayar veya benzeri kablolu kablosuz veya diğer elektromanyetik sistemlerle yada tek yönlü sistemler vasıtasıyla gönderilmesi veya alınması anlamını içerir².

Telekomünikasyon kavramı ise; işaret, sembol, ses ve görüntü ile elektrik sinyallerine dönüştürülebilen her türlü verinin; kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektro kimyasal, elektro mekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtalarıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınmasını ifade etmektedir³.

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi teriminden de araya bir vasıta sokulmak suretiyle gerçekleştirilen her türlü iletişimin dinlenmesi, gerektiğinde kayda alınması ve tespiti anlaşılmaktadır⁴. Önceleri tedbiri nitelendirmek için kullanılan telefon dinleme kavramı teknolojik gelişmelerin ortaya çıkardığı yeni iletişim biçimleri karşısında yetersiz kalmıştır. Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi terimi iletişimin türüne göre gizlice dinlenmesini, buradan elde edilen bilgilerin kaydedilerek gerektiğinde değerlendirilmesini ve iletişimin tespitini içermektedir. Bu itibarla iletişimin dinlenmesi terimi daha dar kapsamlı olup, çeşitli vasıtalar aracılığı ile yapılan her türlü yazılı ve sözlü haberleşmenin dinlenmesi, takip altında tutulması anlamına gelmektedir. İletişimin tespiti ise; iletişimin içeriğine müdahale edilmeksizin iletişim araçlarının diğer iletişim araçları ile kurdukları iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve ilgililerin kimlik bilgisinin tespit edilmesine yönelik işlemleri kapsamaktadır⁵.

Başta telefon olmak üzere teleks, faks, çağrı cihazı gibi araçlarla yapılan iletişimin devlet organlarınca denetlenmesi işlemi için kullanılacak terim konusunda öğretide görüş

² Bkz. 21.02.1924 tarih ve 29 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu m.1; Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2003, s.638.

³ Bkz. 10.11.2005 tarih ve 25989 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar İle Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik (m.3/l); 14.01.2007 tarih ve 26434 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik (m.4/j).

⁴ Erdem, Mustafa Ruhan, Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, Ankara 2001, s.99; Adli amaçlı telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirinin düzenlendiği CMK'nun beşinci bölüm başlığı "Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi" şeklinde iken; tedbirin düzenlendiği CMK'nun 135. maddesinin başlığı "iletişimin tespiti, dinlenmesi veya kayda alınması" şeklindedir. Aynı konuyu ifade etmek için iki farklı terim kullanılması isabetli olmadığı gibi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve mobil telefonun yerinin tespiti tedbirlerinin düzenlendiği CMK'nun 135. maddesinin madde başlığında bu tedbirlere yer verilmemesi de isabetli olmamıştır.

⁵ Yrg.5. CD'nin 03.10.2005 T., 2005/14969 E. ve 2005/20489 K.; Yrg. 4. CD'nin 29.11.2006 T., 2006/4669E. ve 2006/1700K. sayılı kararları. (Yayınlanmamış Yargıtay Kararı)

birliği bulunmamaktadır. Öteden beri bu işlemi ifade etmek için; “telefon konuşmalarının koruma tedbiri olarak gizli dinlenmesi”⁶, “haberleşme araçlarının dinlemeye alınması”⁷, “haberleşmenin denetlenmesi”⁸, “uzakla haberleşmenin kontrol edilmesi”⁹, “uzakla haberleşmenin denetlenmesi”¹⁰, “iletişimin izlenmesi”¹¹, “telefon, teleks, faks gibi araçlarla yapılan haberleşmenin denetlenmesi”¹², “ses ve/veya görüntü kaydeden cihazlarla yapılan tespitler”¹³ terimlerinin kullanıldığı görülmektedir.

Kanımızca telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi terimi konuyu daha iyi ifade ettiği için tercih edilmelidir. Zira; iletişim araçlarının hepsi sadece dinlenebilir değildir. Faks, elektronik posta gibi bazı haberleşme araçları ile gerçekleştirilen iletişim sadece okunabilir niteliktedir. Önemli olan iletişimin telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilmesidir. Bu nedenle telefon konuşmalarının gizlice dinlenmesi terimi sadece telefon dinlemeyi esas aldığı için yeterli değildir. Günümüzde iletişimin denetlenmesi tedbirine konu araçlar teknolojik gelişmeler de dikkate alındığında telefondan ibaret değildir. Diğer yandan gizli dinleme terimi de günümüz şartlarında sadece dinleme değil kayıt da yapılabilmesi ayrıca bu terimin iletişim araçları dışında bulunulan ortamda yapılan konuşmaların gizlice dinlenmesi anlamını da içermesi nedeniyle yetersiz kalmaktadır. Haberleşmenin denetlenmesi terimi ise; sanki yüz yüze yapılan konuşmaların da bu tedbirin kapsamına dahil olduğu izlenimini uyandırmaktadır. Bu itirazlar iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması terimleri için de geçeridir. Bu nedenle iki kişi arasında herhangi bir haberleşme aracı olmadan da iletişim söz konusu olabileceğinden, aynı yerde bulunmayan iki kişi arasında telefon, faks, teleks gibi araçların vasıta olarak kullanılması durumunda gerçekleştirilen iletişimin denetlenmesini

⁶ Tosun, Öztekin, Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Gizli Dinleme, İÜHFM, C.41, S.3-4, İstanbul 1976, s.531 vd.; Tosun, Öztekin, Ceza ve Medeni Muhakeme Hukuku Açısından Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilmiş Delillerin İspat Kuvveti, İstanbul 1976, s.52 vd.

⁷ Yurtcan, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul 2007, s.370.

⁸ Centel, Nur, Koruma Tedbirlerinde Gelişmeler, Hukuk Araştırmaları, C.8, S.1-3, İstanbul 1994, s.77 vd.

⁹ Yenisey, Feridun, Hazırlık Soruşturması ve Polis, İstanbul 1987, s.138.

¹⁰ Erdem, Mustafa Ruhan/Özbek, Veli Özer, 4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi, Seyfullah Edis’e Armağan, İzmir 2000, s.249; Erdem, Gizli Soruşturma Tedbirleri, s.99.

¹¹ Dönmezer, Sulhi, Çetelerle Mücadele Amacıyla 4422 Sayılı Kanunla Kabul Edilen Koruma Tedbirleri, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir 2000, s.268.

¹² Gökçen, Ahmet, Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma (Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi), Ankara 1994, s. 188; Sözüer, Adem, Türkiye’de ve Karşılaştırmalı Hukukta Telefon, Teleks, Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi, İHFM., Türkan Rado’ya Armağan Sayısı 1997, C.LV, S.3, s. 66 vd.

¹³ Öztürk, Bahri, Ses ve/veya Görüntü Kaydeden Araçlarla Yapılan Tespitlerin Türk Hukukundaki Değeri, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, İzmir 2000, s.249.

ifade etmek üzere çalışmamızda telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi terimini kullanmayı tercih etmiş bulunmaktayız¹⁴.

II. TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesinin suç işlenmesinin önlenmesi ve işlenmiş suçlarla mücadele edilmesi gibi önemli fonksiyonları olduğu düşünüldüğünde adli ve önleme amaçlı telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi ayrımının oluşturulması konunun anlaşılabilirliğini kolaylaştıracaktır. Toplumun tehlikelerden korunması gereklidir¹⁵. Bu tehlikelerden bir kısmı suç öncesi suçu veya tehlikeyi önlemeye hizmet eden önleyici tedbirlerdir. Bir kısmı ise; suç işlendikten sonra şüphe sebeplerinin aranması ve elde edilmesine yönelik, iyi bir muhakeme yapmanın şartlarının hazırlanması için uygulanan koruma tedbirleridir¹⁶. Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbiri gerek suç öncesinde kolluğun önleme yetkileri, gerekse suç sonrasında adli yetkiler çerçevesinde gündeme gelebilir¹⁷. Bu saptamadan sonra telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesinin öncelikle üst kavram niteliği taşıyan tehlike tedbiri niteliğini taşıdığını söyleyebiliriz¹⁸.

Hukukumuzda önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri ile adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin bazı güçlükler bulunmasına rağmen birbirinden açıkça ayrıldığı görülmektedir¹⁹. Gerçekten hukuk sistemimizde iletişimin denetlenmesi tedbiri önleyici

¹⁴ Aynı yönde; Centel, Nur/Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2008, s.417; Öztürk, Bahri/ Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006 s. 590.; Posta yoluyla ve niteliği gereği telgraf yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi CMK'nun 135 ve devamı hükümleri ile 5397 sayılı yasa hükümlerine tabi olmadığından bu durumlarda kendi kurallarına göre tedbire başvurulacaktır.

¹⁵ Günümüzde kazanç ve güç elde etmeye yönelik olarak belli suçların planlı ve sistemli bir biçimde işlenmesi veya suçların işlenmesi için örgüt veya çete oluşturulması şeklinde tanımlanan organize suçluluğun artması ve teknolojinin sunmuş olduğu araçların suç işlemekte kullanılması karşısında klasik tedbirler ile suçların önlenmesi ve ortaya çıkarılması zorlaşmıştır. Bkz. Özbek/Doğan, CMK İzmir Şerhi, Ankara 2005, s.513-515.

¹⁶ Yenisey, Feridun, Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukukunda Hazırlık Soruşturması ve Polis, İstanbul 1996 s.152.

¹⁷ Kunter/Yenisey, Ceza Muhakemesi, s. 636.

¹⁸ Yenisey'e göre; iletişimin denetlenmesi tedbiri koruma tedbiri olma özelliğinden çok "araştırma işlemi" niteliğindedir. Yazar telefon görüşmelerinin kimlerle yapıldığını gösteren kayıtların soruşturma organlarına verilmesini "tele alma" şeklinde ifade etmiş ve işlemin elkoyma niteliğinde olduğunu kabul etmiştir. Bkz. Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun, Arama Elkoyma ve İletişimin Denetlenmesi, İstanbul 2000 s.110; Kunter/Yenisey, Ceza Muhakemesi, s. 626 vd.

¹⁹ İletişimin denetlenmesi tedbirine önleyici amaçla başvurulmasına İsviçre, Fransa ve İngiltere'de (Interception of Communications Act) olanak tanınmış iken; Almanya ve Avusturya Hukukunda önleme veya adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin olarak kesin bir ayrıma gidilmiş değildir. Alman hukukunda tedbire adli amaçlı başvurulmuş olsa dahi, tedbirin aynı zamanda önleyici etkiye sahip olduğu kabul edilmektedir. Bkz.

(istihbari) ve adli amaçlı olmak üzere iki şekilde uygulanmaktadır. Adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine 5271 sayılı CMK hükümlerine göre, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine ise 5397 sayılı yasa hükümlerine göre başvurulmaktadır.

Soruşturmaya başlanabilmesi için esasen bir suç işlendiğine ilişkin başlangıç şüphesinin varlığı aranır. Ancak önleyici nitelikte istihbarat faaliyetlerinde bulunulması bakımından bir suç işlenmesinin aranmaması nedeniyle ceza muhakemesinde bugüne kadar kabul edilmiş olan soruşturma ve kovuşturma evreleri dışında soruşturma öncesi araştırma evresinin bulunduğu kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir²⁰. Soruşturma öncesi araştırma evresi olarak nitelenen bu aşamada suçun önlenmesi ve gelecekte işlenecek suçların takibatı için istihbari faaliyette bulunularak önlem alınması amaçlanır. CMK’nda iletişimin denetlenmesi tedbirine “bir suç dolayısıyla” başvurulabileceği açıkça öngörüldüğünden tedbirin bastırıcı niteliği açığa çıkmış, bunun dışında bir amaçla bu yasa kapsamında iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması olanağı ortadan kalkmıştır.

Amacı maddi gerçeği ortaya çıkarmak olan ceza muhakemesinde muhakemenin yapılabilmesi açısından sanığın veya şüphelinin hazır bulunmasını, delillerin karartılmamasını, hükmün yerine getirilmesini sağlamaya yönelik, zaman zaman süjelere ve eşyalara zor kullanılmasını gerekli kılan tedbirlere başvurulması gerekebilir. Alman hukukunda bu tedbirleri “ceza muhakemesinde temel haklara müdahale” biçiminde ifade etme eğilimi vardır. Çünkü bu tedbirler daima bir veya daha fazla temel hakka dokunmaktadır ve sınırlama getirmektedirler²¹. Kişilerin özel hayatlarına ve haberleşme hürriyetlerine sınırlama getiren telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirine adli amaçlı başvurulduğunda bu tedbirler arasında yer alır. Bizim koruma tedbiri adını verdiğimiz bu ceza muhakemesi araçları doktrinde aynı isimle anılmamaktadır. Medeni muhakeme hukukunda “ihtiyati haciz”, “delil tespiti işlemi” olarak isimlendirilen, idari yargıda ise “yürütmenin durdurulması” olarak nitelendirilen bu tedbirler için ceza hukukçuları bir terim birliğine

Erdem/Özbek, Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi, s.256, 257; Fransız hukukunda da iletişimin denetlenmesi tedbirine adli ve önleme amaçlı başvurulabilmektedir. İstihbari amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine 10 Temmuz 1991 tarihli Posta ve Telekomünikasyon Kanununda yer verilmiştir. Ayrıca iletişimin denetlenmesi işlemlerinin hukuka uygun olarak yürütülmesini denetlemekle görevli bir Milli Kontrol Komisyonu Kurulmuştur. Ülkemizdeki iletişimin denetlenmesi sistemi de bu yönüyle Fransa ile benzerlik göstermektedir. Taşkın, Mustafa, Adli ve istihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Ankara 2008, s.64.

²⁰ Doktrinde suçun önlenmesi ve gelecekte işlenecek suçların takibatı için önlem almak olarak nitelenen evreyi “ön alan” olarak tanımlayan görüş için bkz. Özbek, Veli Özer, Organize Suçlulukla Mücadelede Ön Alan Soruşturmaları, DEÜHFD, İzmir 2002, C.4, S.2, s.57 vd.

²¹ Centel, Nur, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama, İstanbul 1992, s.1.

varmış değillerdir. Taner “ihtiyati tedbir”²², Erem “usul tedbirleri”²³, Önder “muhafaza tedbiri”²⁴, Gölcüklü “emniyet tedbirleri”²⁵, Yurtcan “ceza yargılaması önlemleri”²⁶, Yüce ise “zorlayıcı önlem”²⁷ terimlerini kullanmıştır. Doktrinde yazarların çoğu ise bu tedbirler için ilk kez Kunter tarafından kullanılan koruma tedbiri terimini kullanmaktadır²⁸. Biz çalışmamızda ceza muhakemesinin yapılmasını ve yapılacak muhakeme sonunda verilecek kararın yerine getirilebilmesini sağlamak amacıyla, kural olarak ceza muhakemesinde karar verme yetkisine haiz olanlar tarafından, geçici olarak başvurulmuş ve muhatabın temel hak ve hürriyetlerine müdahaleyi gerektiren bu kanuni çareler için koruma tedbiri terimini kullanacağız. Kamu düzenini bozan bir eylem olan suçun delillerinin bulunması ve failin ortaya çıkarılıp, cezalandırılması toplumun menfaatinedir. Bu amaçları gerçekleştirmek ise, ceza muhakemesinin süjelerine yada eşyaya karşı zaman zaman zor kullanılmasını kaçınılmaz kılar²⁹. Bu noktada kişilerin hak ve hürriyetlerinin kısıtlanmasının kanuni şartlar içinde ve yetkili kılınan makamların vereceği kararla yapılması hukuk devleti ilkesinin bir sonucudur.

Koruma tedbiri olarak adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri diğer koruma tedbirlerinden ayrı ve bağımsız bir tedbir olarak CMK’nun 135 ve devamı hükümlerinde düzenlenmektedir. Doktrinde bir görüşe göre; delil elde etmek amacıyla başvurulmuş telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbiri postada elkoymanın bir çeşitidir. Buna göre; iletişimin kayda alınmasında esasen elkoyma durumu söz konusu olduğu halde, dinlemede teknik bir durum söz konusudur. Çifte karakterli bir işlem olan iletişimin denetlenmesi tedbirinin araştırma yönü ağır basmaktadır³⁰. Diğer bir görüşe göre de; telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri devşirme bir tedbirdir. Uygulanan tedbir esasen önalan soruşturmalarda uygulanan bir tedbir olup, kanunkoyucu tarafından koruma tedbiri haline getirilmiştir. Zira; telekomünikasyon yoluyla yapılan

²² Taner, M. Tahir, Ceza Muhakemeleri Usulü, İstanbul 1950, s.131.

²³ Erem, Faruk, Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku, Ankara 1987, s.435.

²⁴ Önder, Ayhan, Ceza Muhakemeleri Usulü Hukukunda Arama, İÜHFM C. XXIX, S.III 1963, s. 424 vd.

²⁵ Gölcüklü, Feyyaz, Ceza Davasında Şahıs Hürriyeti (Muvakkat Yakalama, Tevkif), Ankara 1958, s. 27.

²⁶ Yurtcan, Ceza Yargılaması, s.313..

²⁷ Yüce, Turhan Tufan, Ceza Yargılaması Hukukunda Zorlayıcı Önlem Teorisi, EÜHFD, C.I, S.I, İzmir 1980, s.70 vd.

²⁸ Kunter, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1989, s.655; Kunter/Yenisey, Ceza Muhakemesi, s.658 vd.; Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s.325 vd.; Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi, s. 483 vd.; Soyaslan, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2007, s.267 vd.; Tezcan, Durmuş, Türk Hukukunda Haksız Yakalama ve Tutuklama (Önleyici ve Giderici Tedbirler), Ankara 1989, s.26 vd.

²⁹ Centel, Tutuklama, s.1.

³⁰ Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2006, s.943, 943. Yazarlar tedbirin bastırıcı niteliğinden çok araştırma yönünün ağır bastığı gerekçesi ile tedbiri araştırma tedbirleri arasında incelemeyi tercih etmişlerdir. Bkz. Kunter/Yenisey /Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.682.

iletişimin denetlenmesi tedbiri delil elde etmek yanında, özellikle suç örgütlerinin ortaya çıkartılıp çökertilmesine yönelik olarak istihbari bilgi elde etmek ve suçun işlenmesini önlemek amacını taşımaktadır³¹.

Kriminalistik tecrübelerine göre takibe değer bir suçun mevcut olduğunu gösteren basit başlangıç şüphesi yada somut bir tehlike durumunun bulunmadığı hallerde; henüz suç işlenmeden suçluluğun ortadan kaldırılması, suçun önlenmesi ve gelecekte işlenecek suçların takibatı için önlem almak amacıyla iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması gerekli olabilir. Günümüzde kolluk ve savcılığın soruşturmaya bazı hallerde henüz yasal anlamda bir şüphenin bulunmadığı bir dönemde başladığı görülmektedir. Halbuki biçimsel anlamda soruşturmaya başlayabilmek için soruşturma makamlarının harekete geçmesini gerektiren ve CMK'nun 160. maddesinde ifadesini bulan başlangıç şüphesinin bulunması gereklidir³². Bu ihtiyacı karşılayan düzenlemeye hukukumuzda yer verilmesi gerekliliği karşısında; telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin önleme amaçlı tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınması tedbiri ile önleme amaçlı teknik araçlarla izleme tedbirine 03.07.2005 tarih ve 5397 sayılı, “Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile mevzuatımızda ilk kez yer verilmiştir. Bu kanunla 2259 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu ve 2937 sayılı Milli İstihbarat Teşkilatı Kanununa eklenen düzenlemelerle yasalarımızda ilk kez önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri düzenlenmiştir. Böylelikle önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri hukuk sistemimize girmiştir. Bu kanunun yürürlüğe girmesinden önce PVSK'nun 15. maddesine 1985 yılında eklenen ek 7. maddedeki “polis devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğe dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak, emniyet ve asayişini sağlamak üzere ülke seviyesinde istihbarat faaliyetlerinde bulunur, bu amaçla bilgi toplar, değerlendirir...” düzenlemesine dayalı olarak gerek iletişimin önleme amaçlı denetlenmesi, gerekse optik ve akustik gözetleme tedbirleri gerçekleştirilmekte idi³³. Ancak bu hükmün önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmasına olanak tanıyan, bu konuda genel bir yetki veren düzenleme olarak kabul edilmesi mümkün değildi ve bu hükme dayalı olarak iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması hukuka aykırılık teşkil etmekteydi. Kaldı ki; bu dönemde yürürlükte olan 4422

³¹ Özbek/Doğan, s.510, 530.

³² Özbek, Veli Özer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006 s. 159.

³³ Zafer, Hamide, Ceza Hukukunda Terörizm ve Terörle Mücadele Yöntemleri, İstanbul 1996, s.288.

sayılı yasada da önleyici amaçla iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmasına olanak tanıyan düzenleme bulunmamaktaydı³⁴.

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilmiş bulunan iletişim içeriklerinin bir suç soruşturması ve kovuşturmasında kullanılması mümkün değildir. Diğer yandan CMK'nun 135 ve devamı hükümlerinde düzenlenen adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri sıkı şartlara bağlı olduğu halde, önleme amacıyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından ilerleyen bölümlerde de açıklanacağı üzere aynı sıkı şartlar aranmamaktadır. Bu nedenle önleme amaçlı başvuru ile iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen verilerin ceza muhakemesinde delil olarak kullanılmasının kabul edilmesi halinde, daha sıkı şartlar arayan CMK hükümlerinin dolanılarak önleme amaçlı yapılan denetleme sonucu elde edilen iletişim içeriklerinin soruşturmada ve yargılamada kullanılması ile yetinmek gibi keyfî bir uygulama ortaya çıkabilir³⁵. Bu yönüyle her iki tehlike tedbirinin amaç bakımından ayrıldığı sonucu da ortaya çıkmaktadır.

III. TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİNİN BAĞLANTILI OLDUĞU İLKELER

A. HUKUK DEVLETİ İLKESİ

Hukuk devleti en kısa tanımıyla, faaliyetlerinde hukuk kurallarına bağlı olan, vatandaşlarına hukuki güvenlik sağlayan devlet demektir. Hukuk devleti ilkesinin işlerlik kazanabilmesi için devletin karar ve eylemlerinin yargı denetimine bağlı olması gereklidir³⁶. Hukuk devleti faaliyetlerinde hukuk kurallarına bağlı olan ve vatandaşlarına hukuki güvenceler sağlayan devlet olduğundan ve devlet de yasama, yürütme ve yargı organlarından

³⁴ Erdem/Özbek, Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi, s.258.

³⁵ Bkz. Şahin, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Ankara 2007 s.264 vd.

³⁶ Anayasa Mahkemesi de bir kararında hukuk devleti ilkesini benzer bir şekilde; yönetilenlere en güçlü, en etkin ve en kapsamlı biçimde hukuksal güvencenin sağlanması, tüm devlet organlarının eylem ve işlemlerinin hukuka uygun olması olarak tanımlamıştır. Bkz. Ay. Mah., 12.11.1991 T., 1991/7 E. ve 1993/43K. sayılı kararı, AMKD., S.24, C.2, s.652; Anayasa Mahkemesi'nin 1 Temmuz 1998 tarih ve 1996/74 E., 1998/45 K. sayılı kararında ise; hukuk devletinin tanımı ve gereğine ilişkin olarak; "Hukuk Devleti, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyan, adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu sürdürmekle kendini yükümlü sayan, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlettir. Böyle bir düzenin kurulması, yasama, yürütme ve yargı alanına giren tüm işlem ve eylemlerin hukuk kuralları içinde kalması, temel hak ve özgürlüklerin, Anayasal güvenceye bağlanmasıyla olanaklıdır" şeklinde tanımlama yapmıştır. Karar için bkz. 11 Mart 2000 tarih ve 23990 sayılı R.G., s. 27.

oluşturduğundan dolayı, hukuk devletinin üç temel gereği vardır. Bunlar; yasama, yürütme ve yargı organlarının hukuka bağlı olmasıdır. Hukuk devletinin temelinde kuvvet ile hukuk arasında mevcut olan karmaşık ve zorunlu bağlantı bulunmaktadır. Her hukuk düzeninde tabandaki normlardan zirvedeki normlara çıkıldığında, kuvvetin hukuku uygulamaya dönük olduğu safhadan kuvvetin hukuk meydana getirmeye yaradığı safhaya ve zaten mevcut hukukun müeyyidesi olarak kuvvet kavramından, ileride geçerli olacak bir hukukun meydana getirilmesi anlamında kuvvet kavramına geçilmektedir. Hukuk düzeninin alt zeminlerinden en üst zeminlerine bu geçişte, azar azar hangi noktada meydana geldiği pek kestirilemeyen bir yer değişimi meydana gelmektedir. Öyle ki; en alt zeminlerde kuvvet hukukun, en üst zeminlerde ise hukuk kuvvetin hizmetinde olmaktadır. Başka bir deyişle; bir hukuk sisteminde tabandan tepeye doğru çıkıldığında (bu bakış açısı salt hukuki bir bakış açısıdır) bir kurallar bütününe riayet edilmesi için cebri bir iktidar; bunun tersi olarak, tepeden tabana doğru bakıldığında ise (bu bakış açısı salt siyasî bir bakış açısıdır) icraatta bulunabilmesi için iktidarın muhatap olduğu bir kurallar sistemi bütünü görülmektedir³⁷. Hukuk devleti bu anlamda kural koyan ve kuralı uygulayan kişilerin, devletin hukuk düzeninin kurallarına kendiliklerinden uymalarını, uymamaları halinde kuvvet-hukuk bağıntısının mümkün kıldığı ölçüde³⁸, zorla uydurulmalarını ifade etmektedir.

İnsan haklarına dayalı liberal hukuk devletinde hukuk devleti kavramının yapıcı unsurları şöyle sıralanabilir³⁹;

- Devletin hukuka bağlılığını sağlayan ilke ve kurallar,
- Bu uygunluğu sağlayacak yargı denetimi,
- Bu mekanizmanın etkin işleyişi için gerekli olan yargı bağımsızlığı, tarafsızlık, hakim güvenceleri,
- Adil yargılanma ilkesinin getirdiği güvenceler.

³⁷ Hafizoğulları, Zeki, Ceza Normu, Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, Ankara 1996, s. 157 vd.

³⁸ Normatif hiyerarşi içinde, üstte olan normların ihlallerinin bir müeyyideye bağlanmış olmadığı gözlenmektedir. Normatif hiyerarşide sistemin tepesindeki normların müeyyidelerinin eksikliği ne bir çelişkidir, ne de bir varsayımdır. Tersine tamamı ile doğal bir olgudur. Zira; müeyyidenin uygulanması zorlayıcı bir hukuki cihazı, zorlayıcı bu hukuki cihaz bir egemeni, bir iktidarı, yani normu koyan ile norma uymaya zorunlu olan arasındaki emredici bir kuvvet alanını, açıkçası bir otorite alanını gerektirmektedir. Bundan ötürü; doğaldır ki, normatif hiyerarşi içinde ast normlardan üst normlara gidildikçe, giderek iktidarın kaynağına yaklaşılmakta ve kaynağa yaklaşıldıkça da, normu koyanla norma uymaya zorunlu olan arasındaki otorite alanı daralmaktadır. Böylece, iktidarın bizzat kaynağına varıldığından, açıkçası "kurucu iktidar" denen üstün iktidara ulaşıldığında, zorlayıcı bir kuvvet artık tümden mümkün olmamakta, dolayısıyla zorlayıcı hukukî cihaz, kuvvet ve kudretini yitirmektedir. Çünkü söz konusu bu durumda, zorlayıcı kuvveti zorlamak mümkün olsaydı, bu iktidar artık üstün iktidar olmazdı. Bkz. Hafizoğulları, Ceza Normu, s. 157 vd.

³⁹ Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Nemci, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2002, s.100.

1982 Anayasasının 2. maddesinde hukuk devleti ilkesi Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılmaktadır. Bu ilke doğrultusunda da Anayasanın 5. maddesinde devletin amaç ve görevleri arasında hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak engellerin kaldırmaya çalışmasına yer verilmiştir. Anayasa Mahkemesi bir kararında hukuk devletini; “insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu adil hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendini yükümlü sayan, bütün eylem ve işlemleri yargı denetimine bağlı olan devlet” şeklinde tanımlamıştır⁴⁰.

Yukarıda özetle hukuk devletinin hukuka bağlı olan devlet anlamına geldiğini açıkladık. Hukuk ise anayasa, kanun, tüzük, yönetmelik gibi kurallardan oluşan hiyerarşik bir düzendir. Tabii hukuk anlayışına göre hukuk daima devlet tarafından konulmuş kurallardan oluşmaktadır. Devlet tarafından konulmamış bir kural, hukuk kuralı değildir. O halde, hukuk devleti demek, “devlet tarafından konulmuş kurallara uyan devlet” demektir ki, bu aslında totolojik bir ifadedir. Pozitivist teoride ise; hukuk devleti kavramı operasyonel bir kavram değildir. Bu anlayışa göre; normlar hiyerarşisinin mevcut olduğu bir sistemde, hukuk devleti kavramına ihtiyaç yoktur. Zira; her normun geçerliliği bir üst norma uygun olmasına bağlı olduğundan ve bir normun üst norma uyup uymadığının yargısal denetimi yapıldığından devletin faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olduğu ve vatandaşların hukukî güvenlik içinde olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Böyle bir sistemde, hukuk devleti kavramına yer verilse bile değişen hiçbir şey yoktur; çünkü hukuk devleti ifadesinde yer alan hukuk, pozitif hukuktan başka bir şey değildir. O halde hukuk devleti kavramının pozitif hukuk sistemine getirdiği bir yenilik, bir katkı yoktur. Bu durumda, hukuk devleti kavramının operasyonel bir kavram olabilmesi için hukuk devleti kavramındaki “hukuk”tan pozitif hukuku değil, bir başka şeyi anlamak gerekir. İşte bu husus, “hukuk devleti” kavramının niçin bu derece yaygın kullanıldığını göstermektedir. Tabii hukuku savunan görüş; Anayasanın 2. maddesinde geçen

⁴⁰ Bkz. Ay. Mah.’nin 25.05.1976 T. ve 1976/1E., 1976/28 K. sayılı kararı, AMKD., S.14, s.189; Anayasa Mahkemesi başka bir kararında ise hukuk devleti kavramına ilişkin olarak; “Hukuk devleti, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyan, toplum yaşamında adalete ve eşitliğe uygun bir hukuk düzeni kuran ve düzeni sürdürmekle kendisini yükümlü sayan, bütün davranışları hukuk kurallarına ve Anayasa’ya uyan, işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlet demektir” tanımlamasını yapmıştır. Bkz. Ay. Mah.’nin, 21.06 1991 T., 1990/20 E. ve 1991/17K. sayılı kararı, AMKD., S.28, C.1, s.100.; Anayasa Mahkemesinin hukuk devleti ilkesinin tanımında kullandığı, insan haklarına saygı, temel hak ve hürriyetlerin tanınması ve güvence altına alınması, eşitlik, Anayasaya saygı gibi diğer ilkeler veya unsurlar zaten Anayasamızda ayrıca benimsenmiş ve güvence altına alınmış bağımsız ilkelerdir. Bu ilkelerin var olması için hukuk devleti kavramına ihtiyaçları yoktur. Bu nedenle bu ilkeleri hukuk devletinin kapsamına sokmanın da bir yararı yoktur. Eğer bu ilkeler hukuk devletinin kapsamına sokulursa, hukuk devleti kavramı kafa karıştıran müphem bir kavram haline gelir ki, bundan öncelikle hukuk devleti ilkesinin kendisi zarar görür. Bkz. Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Bursa, 2000, s.171.

ve pozitif bir kavram olan hukuk devleti kavramının arkasına saklanarak, tabii hukukçu düşünceleri dile getirmektedir. Bu şekilde hukuk devleti kavramının içeriği tabii hukuk ilkeleriyle doldurulmaktadır. Bu durum dikkate alındığında, hukuk devleti kavramının, gerek doktrinde, gerekse Anayasa Mahkemesi kararlarında gittikçe artan oranda kullanılmasının bizzat pozitif hukukun kendisi bakımından kaygı verici olduğu söylenebilir. Anayasal sistemimizdeki tabii hukuk içerikli bir hukuk devleti kavramının pozitif temeli yoktur. Keza; böyle bir hukuk devleti kavramı içerik olarak objektif bir şekilde tanımlanabilir olmaktan çok uzaktır. Bazı yazarlara göre; hukuk devletinin gereği olan bir husus, diğer bazı yazarlara göre hukuk devletinin bir gereği değildir⁴¹. Anayasa Mahkemesi kararları incelendiğinde genel olarak hukuk devleti kavramının içeriğinin tabii hukukçu unsurlarla doldurulduğu görülmektedir. Böyle bir durumda, bir kanunun Anayasa Mahkemesi tarafından hukuk devleti ilkesine aykırı bulunup bulunmayacağı önceden hiçbir şekilde öngörülemez. Böylesine muğlak bir kavram hukukun belirginliği ilkesine ve dolayısıyla hukuk güvenliğine ve nihaî olarak da hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturur⁴².

Devlet tarafından gizli olarak icra edilen, tehlike tedbiri üst kavramı altında ele aldığımız telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirinin özgürlükçü demokrasiye dayalı hukuk devletindeki devletin hareketlerinin açıklığı ilkesi ile bağdaştırılması zor görünmektedir. Hukuk devletinin önemli öğelerinden birisi yürütmenin eylem ve işlemlerinin bağımsız yargı organlarınca denetlenip denetlenememesidir. Eğer yürütmenin bir takım eylem ve işlemleri, çeşitli yollarla yargı denetimi dışında bırakılabiliyorsa hukuk devleti ilkesinin önemli ölçüde zedelenmiş olduğu sonucuna varabiliriz⁴³. Bu nedenle hukuk devletinin bir gereği olarak gizli soruşturma tedbirlerinden iletişimin denetlenmesi tedbirine maruz kalanlara tedbiri denetleme ve buna karşı korunma olanağı verilmelidir. Bu husus idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğunu düzenleyen Anayasanın 125. maddesinin bir gereğidir. Ayrıca temel hak ve

⁴¹ Hukuk devletinin insan vakar ve haysiyetine saygı duyan, insan haysiyetine en yüksek değeri veren, insanı devletleştirmek yerine devleti insanlaştırmaya çalışan bir anlayışa sahip olduğunu belirten Yüce; hukuk devletinin unsurlarını şu şekilde sıralamaktadır: a-İnsan Haysiyeti b-Adalet c-Temel Haklar d- Demokratik İdare e- Hakim Bağımsızlığı f-Hukuki Tasarrufların Kazai Kontrolü, Bkz. Yüce, Turan Tufan, Ceza Muhakemesinde Hukuk Devleti Esasları, Erzurum 1963, s.9 vd; Soysal ise hukuk devletini; “vatandaşlara hukuk güvenliği sağlayan devlet” olarak tanımlamakta ve bunun sağlanabilmesi için şu şartların gerçekleşmesini aramaktadır: a- Temel hakların güvence altına alınması, b- Kanunların anayasaya uygunluğunun sağlanması c- Yönetimde hukuka bağlılığın sağlanması, d- Yargı kuruluşlarının bağımsızlığını ve güvenilirliğini sağlayacak şartların yerleştirilmesi. Bkz. Soysal, Mümtaz, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, İstanbul 1990, s.25

⁴² Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, s.178.

⁴³ Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2001, s. 92.

hürriyetlerin korunması başlığını taşıyan Anayasanın 40. maddesine göre de; “Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir. Devlet işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve süresini belirtmek zorundadır”. Bu nedenle telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirine hukuk sistemimiz içerisinde yer verildiği noktada bu tedbirin uygulanmasından sonra denetlenebilmesine olanak veren yasal düzenlemelere de yer verilmesi zorunludur. Zira; niteliği gereği gizli olarak başvurulmuş tehlike tedbirleri sonucu elde edilen verilerin çoğu zaman bir veri bankası oluşturmak amacıyla kullanılmak için bilgisayar ortamında depolanması karşısında bu tedbirlere maruz kalan yada kaldığından şüphelenen kişilerin bu konuda denetim yapmasına olanak verilmelidir. Bu nedenle ülkemizde henüz bulunmayan ve yukarıda belirtilen hususları kapsayan Veri Koruma Kanunun çıkarılması hukuk devleti ilkesine işlerlik kazandırılması açısından gereklidir⁴⁴.

Bireyin kişisel nitelikteki verileri üzerindeki hakkı; kamusal organların kişisel veri ihtiyacının karşılanmasına yönelik faaliyetleri karşısında, bireyi veri işlem faaliyetlerinin basit bir objesi haline gelmekten, özel yaşam ilişkilerinin bütün yönlerine ait verileriyle kamusal iktidar tarafından bilinen, kişilik profili çıkartılabilmesi mümkün olan, özel yaşamında ne zaman, ne yaptığı veya yapabileceği bilinen ve bu suretle Anayasada ve uluslararası belgelerde güvence altına alınan özel yaşamın gizliliği hakkı ortadan kaldırılmış ve kişiliği içerisinde sıkıştırılmış şeffaf bir insan tipi haline dönüşmekten korumaya hizmet etmektedir⁴⁵. Anayasamızda bağımsız bir temel hak olarak kişisel verilerin korunması hakkına yer verilmemiştir. Bireyin kişisel verilerinin korunması hakkının hukuksal temelleri Anayasa’nın 17. maddesinde ifadesini bulan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı yani kişiliğin serbest geliştirilmesi ve insan onuru ilkesine dayanmaktadır. Yine Anayasanın 20. maddesinde güvence altına alınan özel yaşamın gizliliği hakkı ve Anayasanın 22. maddesinde güvence altına alınan haberleşme hürriyeti kendi koruma alanları içeriğinde

⁴⁴ Özbek, Ceza Muhakemesi, s.164, 165; Bireyin kamusal organlar karşısında kişisel nitelikli verilerinin korunması hususunda hakkı bulunmaktadır. Ayrıca bundan da önce kişisel nitelikli verilerin toplanmasını, işlenmesini, devredilmesini, veri toplamaya yetkili makamların yetki ve sorumluluklarını düzenleyen ayrıntılı bir yasaya acilen gereksinim duyulmaktadır. Bu nedenle kanunkoyucunun kişisel nitelikli verilere ilişkin olarak gerek bireyin haklarının, gerekse kamusal organların yetkilerinin ve bu konudaki faaliyetlerinin hukuksal temelini oluşturması ve hukukumuzdaki boşluğu doldurulması gereklidir.

⁴⁵ Akıllıoğlu, Tekin, İnsan Haklarının Korunması Alanında Uluslararası Temel Belgeler, Ankara 1992, s.11 vd.; Şimşek, Oğuz, 4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu’nun 4. Maddesine Göre Kayıt ve Verilerin İncelenmesi ve Kişisel Nitelikli Verilerin Korunması, İzmir Barosu Dergisi, Yıl.66, Ocak 2001, S.1, s.99.

dolaylı olarak kişisel verilerin korunması hakkında da güvenceler içermektedir. Kişisel verilerin korunması hakkının temel işlevi demokratik ve özgür toplum düzeninde yaşayan ve yaşamını kendi özgür iradesi ile belirleme yeteneğine sahip olan bireyin ve kişisel verileri üzerindeki haklarının korunmasıdır. Anayasa'nın 22. maddesinde güvence altına alınan haberleşme özgürlüğü ile kişisel verilerin korunması arasında sıkı bir bağlantı vardır. Haberleşme özgürlüğü vasıtasıyla esasen kişinin yaptığı haberleşmenin ve telekomünikasyonun gizliliği korunmuş olur. Haberleşme özgürlüğü kullanılan teknik araca bakılmaksızın yapılan haberleşmenin içeriğini ve gizliliğini güvence altına almaktadır. Bireyin kişisel verilerinin haberleşmeye konu araçlar içerisinde bulunması nedeniyle veya bu araçlar vasıtasıyla elde edilebilmesi mümkün olduğundan, haberleşme özgürlüğüne yapılan hukuka aykırı müdahalelerle kişisel verilerin elde edildiği durumlarda kişisel verilerin bu özgürlük vasıtasıyla dolaylı korunması da ortadan kalkacaktır. Bu itibarla haberleşme özgürlüğü kendi içerisinde kişilik haklarının belli bir boyutunu koruma altına aldığından dolaylı olarak kişisel verilerin korunmasına hizmet etmektedir. Ancak bireyin kişisel verilerinin korunması hakkı esas olarak, kaynağını kişiliğin serbest geliştirilmesi hakkı ve insan onurunda bulan bağımsız bir temel hak olarak tanınmasıyla ve özellikle bu konuda çıkarılacak özel bir kanun ile pratik anlam ve işlerlik kazanacaktır⁴⁶.

Hukuk devleti ilkesi Anayasa Mahkemesinin uygulaması da dikkate alındığında ceza muhakemesi hukukunda insan hakları ile ilgili prensiplerin anası, kaynağı durumundadır. Zira; hukuk devletinde yasama, yürütme ve yargı organları hakimiyet adı verilen gücü, Anayasa ve kanunlar çerçevesinde, insan haysiyetini korumak, temel hak ve hürriyetleri gerçekleştirmek, adalet ve hukuk güvenliğini sağlamak amacıyla kullanabilirler ve bu onların meşruluğunun temelini teşkil eder⁴⁷. Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbiri başta özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyeti olmak üzere birçok temel hak ve özgürlüğe sınırlamalar getirmektedir. Bu nedenle bu tehlike tedbirine başvurularda temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların hukuk devletini fiilen gerçekleştirme amacına yönelik olması gözönünde tutulmalıdır.

⁴⁶ Şimşek, Oğuz, Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, İstanbul 2008, s.148 vd.

⁴⁷ İçel, Kayıhan/Donay, Süheyl, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, Genel Kısım I, İstanbul 1993 s.71; Öztürk, Bahri, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koşuşturma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması), Ankara 1991, s.65; Gökçen, Elkoyma, s.32 vd.

B. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ İLKESİ

Hayatın özel yönü gizlilik ve bağımsızlık öğelerini içeren, bireyin dingin ve rahat bırakılma hakkına sahip olduğu, kendine özgü bir alandır. Özel hayatın gerekli kıldığı öğelerden bağımsızlık, kişinin en geniş anlamda yaşam biçimini ve türünü, davranışlarını, kişisel eylem ve ilişkilerini tercih etme hakkıdır. Gizlilik ise; üçüncü kişilerin merak alanı dışında tutulan varlık ortamı olup, her bireyin kişisel, ilişkisel ve ailesel yaşam alanına dışarıdan müdahalelere karşı mahremiyettir⁴⁸. Gizli ve bağımsız yaşam, kişinin kamu makamlarından kaynaklanan yasal olmayan ve keyfi müdahalelere karşı güvence altına alınmasını gerektirir⁴⁹.

Özel hayatın gizliliği deyimi ile ifade edilen kavram ise; özel yaşamın düzenini ve bu yaşam alanına kimlerin, ne ölçüde ve ne zaman müdahale edeceklerini veya bu yaşam alanını algılayabileceklerini bireyin kendi kendine saptaması veya başkalarının bireyin özel yaşamını onun koyduğu ölçüler içinde algılayabilmesi veya müdahale edebilmesi olgusunu içermektedir. Özel hayatın gizliliği kavramı mahremiyet kavramını da kapsar niteliktedir⁵⁰. Zira; mahremiyet hayatın sadece gizli alanını koruma altına alır iken; özel hayatın gizliliği kavramı hayatın özel hayat alanı da dahil olmak üzere daha geniş bir alanı koruma altına almaktadır. Burada bahsettiğimiz müdahale kavramı bireyin özel yaşam alanı içerisine giren olayları nasıl yaşayacağına ve özel yaşamın düzenine ilişkin kararlarına karışmak; algılamak ise bir özel yaşam olayını birlikte yaşamak veya birlikte yaşanmayan bunun gibi bir olaydan, görmek, duymak, öğrenmek gibi yollarla anında veya daha sonradan haberdar olmak anlamında kullanılmaktadır⁵¹. Teknolojik gelişmelerle birlikte kişilik haklarının ve bu kapsamda özel hayatın gizliliğinin tehlikeye düşmesi karşısında, bu hakların korunması konusundaki klasik hukuk kuralları yetersiz kalmıştır.

⁴⁸ Kaboğlu, İbrahim Ö., Özgürlükler Hukuku, Ankara 2002, s.292 vd.; Akkanat, Zehra Gönül, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda İletişim Özgürlüğünün Sınırları, İnsan Hakları Yıllığı, Dr. Muzaffer Sencer'e Armağan, C.17-18, 1995-1996, s. 183.

⁴⁹ İzgi, Ömer/ Gören, Zafer, T.C. Anayasasının Yorumu, Ankara 2002, 253.

⁵⁰ Mahremiyet kavramı ve hakkı konusunda bkz.; Hadley, Herbert Spencer, Mahremiyet Hakkı, (Çev. Ali Emrah Bozbayındır), Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Prof. Dr. Hans Joachim Hirsch'e Armağan, Ankara 2007, 45 vd.; Warren, Samuel D./ Brandeis, Louis D., Mahremiyet Hakkı, (çev. Gülay Aslan), Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Prof. Dr. Hans Joachim Hirsch'e Armağan, Ankara 2007, s.19 vd.

⁵¹ Aralsı, Oya, Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C. Anayasasında Düzenlenişi (Çoğaltılmış Doçentlik Tezi), Ankara 1979, s.6, 7.

Türk ve Alman doktrini sosyal bir varlık olan insanın yaşamını ancak diğer insanlarla birlikte geçirebileceğinden hareketle, insan hayatının genel ve özel olmak üzere iki yönü olduğunu kabul etmiştir. Hayatın özel yönü ise; özel hayat ve hayatın gizli alanı olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Hayatın genel yönü herkes tarafından bilinip görülen en dış ve genel hayat alanı olduğundan korunacak bir gizliliği olmadığı için özel hayatın gizliliği açısından korunmasını gerektiren bir özelliği yoktur. Zira; kamuya açık yerlerdeki hareketler, sözler herkes tarafından algılanabilen, hayatın genel yönüne ilişkin davranışlardır. Hayatın diğer insanlarla geçirilen bu genel yönü dışında, her demokratik hukuk devletinde, kişilere maddi ve manevi varlıklarını istedikleri gibi şekillendirebilecekleri ve devletin karışmadığı özgür bir hayat alanı bırakılır. Hayatın genel yanının özel yanından nasıl ayrıldığı ve özel yanının da özel hayat ve gizli hayat alanlarının nerede başlayıp nerede bittiğini daha kolay tespit edebilmek için Alman Anayasa Mahkemesince geliştirilen ve kuşak teorisi adı verilen teoriden faydalanılabilir. Buna göre; insan hayatının merkezinde (gizli hayat adını verdiğimiz) her türlü devlet müdahalesine karşı korunmuş bulunan ve dokunulmaz olduğu kabul edilen bir çekirdek alan vardır⁵². Bu çekirdek alan bizim özel hayat adını verdiğimiz ikinci bir alanla çevrilmiştir. Bu alan da devlet müdahalesine karşı korunmuştur; ancak dokunulmaz değildir. Bu alan bakımından nispi bir koruma söz konusudur. Bu ikinci alanı çevreleyen üçüncü bir kuşak daha vardır ki (hayatın genel yanı dediğimiz alan) bu alanda herhangi bir koruma söz konusu değildir⁵³.

Özel hayat alanının genişliği devletin ne kadar hürriyetçi ve demokratik, darlığı ise ne kadar baskıcı ve otoriter olduğunu gösterir⁵⁴. Örneğin klasik ve siyasi demokrasi adı verilen bireyci ve liberal demokrasi anlayışını benimsemiş demokrasi anlayışında kişinin maddi ve manevi varlığına verilen değer, değerler sıralamasında en ön sırada gelir. Bu anlayış bireylere maddi ve manevi varlıklarını istedikleri gibi geliştirip şekillendirebilecekleri özgür bir hayat alanı sağlar. Devlet ise kişi hak ve özgürlüklerinin korunmasında hakem durumundadır. Devlet kişinin hakları sınırlanırken hakemlik görevini aşmamaktadır. Bu da hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında daima kişinin korunmasının ağır basmasına yol açmaktadır. Faşizm, nasyonal sosyalizm ve marksizme dayalı ideolojik rejimlerde ise; kişiye ve kişi

⁵² Bu alan kişinin kimseyle paylaşmadığı, sır, gizli duygu ve düşünce alanıdır. Bu alana kişinin kendisiyle baş başa kaldığı alan, kişinin son sığınağı da denebilir. Özbudun, Ergun, Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği, AÜHFD 50. Yıl Armağanı, C.I, Ankara 1977, s.266; Helvacı, Serap, Türk ve İsviçre Hukukunda Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul 2001, 62.

⁵³ Bkz. Öztürk, Koğuşturma, s.75, 76.; İmre, Zahir, Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler, İHFM, C.39, S.1-4, İstanbul 1974, s.148, 149.

⁵⁴ Yenerer, Özlem, Ceza Muhakemesinde Arama ve Konut Dokunulmazlığı (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1996, s.33.

haklarına verilen önemin hiç denecek kadar az olduğu görülmektedir. Bu nedenlerle kişinin hak ve özgürlükleri, kişinin varlığından daha da önemli bulunan bütün değerleri korumak için ve bu değerlere daha fazla ağırlık verilerek sınırlandırılabilir⁵⁵.

Görüldüğü üzere özel hayat ve özel hayatın gizliliği kavramı rejimlere göre farklı anlaşılmaktadır. Bu çerçevede modern demokrasiler ile totaliter rejimlerin, ayrıldıkları önemli noktalardan birinin de özel hayatın gizliliği konusunda birbirine karşıt tutumlarının oluşturduğu dikkat çekicidir. Kamusal işlerde gizliliğin hakim olduğu totaliter rejimlerde, özel hayatın gizliliğine pek az saygı gösterilmekte ve böylelikle, rejimin özelliklerine uygun yeni bir insan tipi yaratılmaya çalışılmaktadır. Bireyde bu şekilde yaratılan korku ve güvensizlik duygusu rejimin amaçlarına uygun birtakım örgütler içine girmelerini kolaylaştırmaktadır. Bunun aksine; demokratik rejimlerde, kamu işlerinde açıklık ve özel hayatın gizliliği prensip olarak kabul edildiğinden bireye kişiliğini ve bireysel özgürlüklerini koruyabilmesi, maddi ve manevi varlığını geliştirebilmesi için her türlü müdahaleden uzak, özerk bir alan sağlanmaktadır⁵⁶. Diğer yandan demokratik toplumlarda devletin suçla mücadelesinde kamu yararı nedeniyle ve orantılılık ilkesi çerçevesinde özel yaşam alanına müdahale edilebilmektedir. Böyle bir durumda orantılılık ilkesi kamu yararı ve özel hayatın gizliliğinin korunması arasında genel bir değerlendirme yapılması yanında, başvuru tedbirin gerekliliği ve elverişliliğinin de dikkate alınmasını gerektirmektedir⁵⁷.

Özel hayatın gizliliği ilkesi bir hak olarak Türk hukukuna ilk kez 1961 Anayasası ile girmiş, daha sonra 1982 Anayasasında da bu temel hakka ilişkin düzenlemelere yer verilerek (m.20-22) “özel hayatın gizliliği ve korunması” başlığı altında, özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı ve haberleşme hürriyeti güvence altına alınmıştır. Bu düzenlemeler 1982 Anayasasının 2. maddesindeki “insan haklarına saygılı devlet” kavramının yer aldığı hükmü

⁵⁵ Araslı, Özel Yaşamın Gizliliği, s.101.

⁵⁶ Ne devlet, ne de diğer kişiler tarafından dokunulabilecek, vazgeçilmeyecek ve devredilmeyecek nitelikteki temel haklar, 1945 yılından sonrasında insan hakları olarak adlandırılmış ve böylece insan, hukuk düzeninin merkezinde yer almaya başlamıştır. Bunun sonucu olarak, kişilik haklarının en iyi korunduğu devlet düzenleri, liberal, demokratik ve laik devlet düzenleri olmuştur. Çünkü kişilik hakları bu düzenlerde doğumla birlikte kendiliğinden kazanılan ve hiçbir zaman vazgeçilmeyen “doğal haklar” olarak nitelendirilmektedir. Bkz. Donnelly, Jack, Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları, (Çev.: Mustafa Erdoğan-Levent Korkut) Ankara 1989, s.74 vd.

⁵⁷ Öztürk, Koğuşurma, s.65; Özel hayatlarının başkaları tarafından izlendiğini ve yakınları ile yaptığı konuşmaların başkaları tarafından dinlendiğini düşünen insanlardan oluşan toplumun ürkek ve korkak insanlardan oluşan bir topluma dönüşmesinin mümkün olduğu da bu aşamada dikkate alınmalıdır. Bkz. İmre, Şahsın Özel Hayatı, s.150.

tamamlayıcı niteliktedir⁵⁸. Anayasamızın “Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması” üst başlığı altında düzenlenen özel hayatın gizliği başlıklı 20. maddesinde; “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.” hükmüne yer verilmiştir. Anayasamızın 22. maddesinde ise;

“Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.

Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar: aksi halde, karar kendiliğinden kalkar. İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir.” hükmüne yer verilmek suretiyle Anayasanın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayatın gizliliği ilkesinin uzantısı niteliğindeki haberleşme özgürlüğünün güvence altına alınması amaçlanmıştır.

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbiri özel hayatın gizliliği hakkına yoğun müdahale gerektiren tehlike tedbirlerinden birisidir. Özellikle milli güvenlik ve suçun önlenmesi sebeplerine dayalı olarak birçok ülkede iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmaktadır. Ayrıca teknolojik gelişmeler de bu müdahaleyi kolaylaştırmakta ve hemen herkesin ulaşabileceği araçlarla özel hayatın gizliliği hakkı ihlal edilebilmektedir⁵⁹.

1924 Anayasasında özel hayatın gizliliği ilkesine yer verilmemesine rağmen, bu hakkı sağlayacak etkili düzenlemelere yer verilmiştir. Şöyle ki; 1924 Anayasasının 71. maddesinde; “Can, mal, ırz, mesken her türlü taaruzdan masundur.” hükmüne yer verilerek, bu haklara dokunulmayacağı belirtilmiş, Anayasanın 76. maddede ise kanunla belirtilen usul ve ahval haricinde kimsenin konutuna girilemeyeceği, kimsenin üzerinin aranamayacağı belirtilmiştir. Ayrıca 81. maddede; postaya verilen evrak, mektup ve her nevi emanetlerin, yetkili sorgu yargıcı veya mahkeme kararı olmadıkça açılmayacağı, telgraf ve telefonla yapılan

⁵⁸ 1961 Anayasasının 2. maddesinde bu kavram, “insan haklarına saygılı devlet” şeklinde nitelendirilmiştir. Özel hayatın koruma alanları, karşılaştırmalı hukukta da benzer niteliktedir. Örneğin Alman Anayasası’nın 4. maddesi inanç özgürlüğünü, 6. maddesi evlilik birliği ve aileyi, 5, 8, 9, 10. maddeleri haberleşmenin gizliliğini ve haberleşme özgürlüğünü, 13. maddesi konut dokunulmazlığını garanti altına almaktadır. Bkz. Dalakouras, Theoharis; Beweisverbote bezüglich der Achtung der Intimsphäre, Köln 1987, s.62 vd.

⁵⁹ Üzeltürk, Sultan, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, İstanbul, 2004, s.125.

haberleşmenin gizliliğinin bozulamayacağı ifade edilerek, özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı ve haberleşme özgürlüğü konularında düzenlemeler getirilmiştir. Bu itibarla; 1924 Anayasasının gerek 1961 Anayasasından, gerekse 1982 Anayasasından farklı olarak, telefonla yapılan haberleşmenin gizliliğinin sınırlanmasının şartlarını açıkça düzenleyip, bunu hakim veya mahkeme kararına bağlamakla, yürürlüğe girdiği dönem de dikkate alındığında telekomünikasyon iletişimin denetlenmesi tedbiri yönünden önemli bir güvence getirdiği görülmektedir.

İleriki bölümlerde de açıklanacağı üzere; özel hayat hakkı ve özel hayatın gizliliği, uluslararası belgelerle de güvence altına alınmıştır. 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 12. maddesinde, kişinin özel ve aile yaşamının başlı başına saldırılardan ve müdahalelerden korunmaya layık bulunduğu kabul edilmiş ve bu durum “Hiç kimse özel hayatı, ailesi, meskeni veya yazışması hususlarında keyfi karışmalara, şeref ve şöhretine karşı tecavüzlere maruz kalmaz.” şeklinde ifade edilmiştir. Diğer yandan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin (AİHS) 8. maddesinde özel ve aile yaşamına saygı gösterilmesi gereğinden söz edilmektedir.

Özel hayatın gizliliği ilkesi esasen bir Anayasa Hukuku ilkesi olmakla birlikte yukarıda yaptığımız açıklamalar bu ilkenin tehlike tedbirleri bakımından taşıdığı önemi açıkça ortaya koymaktadır. Doktrinde bu ilkenin üç unsuru olduğu kabul edilmektedir. Bunlar; a) Konut dokunulmazlığı, b) Kişinin üstünün, özel kağıtlarının ve eşyalarının aranamaması. c) Haberleşmenin gizliliği ve haberleşme özgürlüğüdür⁶⁰.

Bireylerin Anayasa ile güvence altına alınan özel hayat alanlarının gizliliğine ve haberleşme özgürlüğüne iletişimin denetlenmesi tehlike tedbiri ile müdahale edilmektedir. Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirine; suç işlenmesinin önlenmesi, suçlulara ve suç delillerine ulaşarak kamu güvenliğinin tesis edilmesi, herkesin hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınması amacıyla, amacına ulaşılabilen hallerde ve

⁶⁰ Armağan, Servet, Temel Hak ve Özgürlükler, İstanbul 1980, s.19; Donay, Süheyl, Anayasalarda Ceza Hukuku ile İlgili Kurallar, Doğumunun 100. Yılında Atatürk Sempozyumu, İstanbul 1983, s.67; Akın, İlhan/ Akad, Mehmet, Temel Hak ve Özgürlükler, İHFM 1973, 50. Yıl Armağanı, s.35.; İzgi/Gören, Anayasanın Yorumu, s.254.

ölçülülük ilkesi esas alınarak başvurulması halinde özel hayatın gizliliği ilkesine bağlı kalınmış olacaktır⁶¹.

Günümüzde kişilerin özel yaşam alanlarının git gide daraldığı görülmektedir. Özel hayata müdahaleler özellikle mekanik ve elektronik gelişmeler karşısında artmaktadır⁶². Bilgisayarda kişilerin verilerinin depo edilmesi, elektronik haberleşme, bir kimsenin sesini haberi veya rızası olmaksızın dinlemeyi veya kaydetmeyi mümkün kılan cihazlar, aynı şekilde kişinin en mahrem hayat alanlarını görüntüleyebilen teleobjektifler vasıtası ile özel hayatın gizliliği bugün eskiye oranla daha kolay ihlal edilebilmektedir⁶³. Ayrıca basın, kamuoyunu aydınlatma faaliyetini yerine getirirken bunun ölçülerini aşarak, hayatın gizli alanına müdahale boyutuna ulaşan yazı ve resimleri yayınlamaktadır⁶⁴.

Özel yaşamın gizliliği hakkı ile kamuyu bilgilendirmek özündeki haberleşme özgürlüğü hakkı da çatışmaktadır. Bu hakların birbirlerine üstünlüğü yoktur. Ancak hukuk düzeninin çatışan bu yararların her ikisini birlikte ve aynı zamanda koruması mümkün değildir. Çatışan yararların sadece birinin hukuka uygunluğunun kabul edilerek korunmasıyla çatışma çözümlenememektedir. Çatışan yararlardan hangisinin korunması gerektiği yasayla belirtilmiş ise hakların sınırları belli olduğundan bu durumu tartışmaya gerek yoktur. Ancak bazı konularda yararların sınırı kesin çizgilerle belli edilmemiş ve soyut kavramlarla; konu yargının geniş takdir yetkisine bırakılmıştır. Bu durumda çatışan yararların sınırlarının

⁶¹ Doktrinde özel hayat alanına yapılan müdahalelerin sınırlarının belirlenmesinde bireylerin özel hayatın gizliliğine saygı beklentisi içinde oldukları alanların belirlenmesinin faydalı olduğu, “makul beklenti testi” olarak adlandırılan bu durumun bireyin özel hayatına müdahaleyi bekleyebileceği, buna hazırlıklı olup tedbirlerini alabileceği, eğer tedbir almıyorsa o alanı başkaları ile paylaşmakta sakınca görmediği anlayışına dayandığı belirtilmektedir. Ayrıca gerek AİHM, gerekse Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi kararlarında da müdahalenin meşruluğu değerlendirilirken ele alınan kriterlerden birinin de bireyin özel hayatına saygı beklentisi olduğu ifade edilmektedir. Uzeltürk, Özel Hayat, s.10; Sevimli, K. Ahmet, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul 2006, s.27.

⁶² Teknolojik gelişmeler mahremiyet kavramı ve mahremiyet beklentisinin makul olup olmadığı konusunda değişikliklere neden olmaktadır. Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi bir kararında; (United States v. Smith 1992) teknolojik gelişmeler ile birlikte kablosuz telefonların üçünü kişiler tarafından dinlenmesinin zorlaştığı, bu nedenle bu telefonları kullananlarda mahremiyet beklentisinin makul karşılanması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Mahkemeye göre; mahremiyet beklentisinin makul bulunması, haberleşmenin Anayasanın Ek-4. maddesindeki korumadan yararlanması sonucunu doğurmaktadır. Bkz. Kaymaz, Seydi, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Ankara 2009, s.77; Özdoğan, Ali, Teknik Dinlemeye Dair, Ankara, 2004, s.25-26.

⁶³ Anayurt, Ömer, Strasbourg İçtihatlarında Türk ve Fransız Hukukunda Telefon Dinlemeleri, Mülkiyeliler Birliği Dergisi, C. 21, S.197, Mart 1997, s.50; Özellikle bilişim alanındaki gelişmelerin özel hayatı ihlal etme tehlikesi karşısında birçok ülkede bu konu ile ilgili olarak yasal düzenlemelere gidilmiştir. Bunlardan bir tanesi de Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan ve Türkiye’nin de 28 Ocak 1981 tarihinde imzalamış olduğu “Kişisel Nitelikli Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Kişilerin Korunmasına İlişkin Sözleşme”dir.

⁶⁴ Tandoğan, Haluk, Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunma Tarzı ve Basın Yoluyla İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması, AÜHFD, S 1-4, C.20, 1963, s.2.

tespitinde hakim takdir yetkisini kullanırken hakların kullanılmasındaki yararların tartılması yoluna başvuracaktır.

Hukuk düzeni tarafından korunan, hukuksal varlığa yönelen saldırılar, kural olarak hukuka aykırıdır. Hukuka aykırılığın istisnası ise hukuka uygunluk sebeplerinin bulunmasıdır. Yararların tartılması ilkesinde; tarafların yararları tartılarak saldırının hukuka aykırılığı veya uygunluğu konusunda karar verilecektir. Bu noktada çatışan yararlar bir derecelendirmeye tabi tutulup, tartılarak saldırının üstün görülen bir amaç için uygun bir araç olup olmadığına karar verilecektir. Sonuç olarak zarara yol açan yararın üstünlüğüne karar verilirse, fiil hukuka aykırı olarak değerlendirilemeyecektir. Bu itibarla haberleşme özgürlüğü ile özel hayatın gizliliği hakkı arasındaki çatışan yararlar ve üstün yarar ilkesi de ayrı ayrı ve birbirinden bağımsız olarak değerlendirilecektir⁶⁵.

C. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

Ölçülülük ilkesi temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sürecinde, Anayasa ile belirlenen sınırlama nedenlerine dayalı olarak gerçekleştirilen sınırlamalarda öngörülen amaç ile sınırlanan hak arasındaki ilişki noktasında karşımıza çıkmaktadır. İlke demokratik ülkelerde özgürlüğün kural ve sınırlamaların istisna olması ile yakından ilgilidir. Bu ilke sınırlamada başvurulacak araçların sınırlama açısından gerekli olmasını ve amaçla aracın ölçüsüz bir oran içinde olmamasını gerekli kılar⁶⁶. Bu nedenle temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamadan beklenen fayda ile verilmesi ihtimal dahilinde olan zarar arasında makul bir oranın bulunmasını, oransızlık bulunduğu ise sınırlamaya başvurulmamasını gerektirir⁶⁷. Hak ve özgürlüklere müdahalede bulunan kamu gücünün yargı yoluyla denetiminde önemli bir işlev üstlenen ölçülülük ilkesi; bireylere yükümlülük getiren işlemlerin sadece yasal bir temele dayanmasının yeterli olmadığını, aynı zamanda kişi haklarının mümkün olduğu kadar korunarak kalmasını gerektirir. Bu ilkenin amacı ve işlevi kamu gücünü sınırlamak, temel hak ve özgürlükleri en üst düzeyde güvence altına almaktır⁶⁸. Yasama organları bu ilkeye dayalı olarak belli idari makamlara özgülenen yetkileri

⁶⁵ Kılıçoğlu, Ahmet Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk, Ankara 1993, s.109 vd.; Akkanat, İletişim Özgürlüğünün Sınırları, s.184.

⁶⁶ Özbudun, Anayasa Hukuku, s.102, 103.; İlkenin meşruluğunun hukuk devleti ilkesinden kaynaklandığı hk. bkz. Gören, Zafer, Anayasa Hukuku, Ankara 2006, s.372.

⁶⁷ Bkz. Metin, Yüksel, Ölçülülük İlkesi, Ankara 2002, s.19; Gökçen, Elkoyma, s.34; Toroslu, Nevzat/Feyizoğlu, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, s.215.

⁶⁸ Metin, Ölçülülük İlkesi, s.20.

ılımlaştırmayı amaçlarlar. Anayasa Mahkemeleri de farklı adlandırmalarla özgürlük ihlallerinin Anayasaya uygunluğuna ilişkin olarak karar vermek için ölçülülük ilkesine başvurmaktadırlar. Bu ilkedен hareketle bir temel hakka getirilen sınırlama ve kayıtlamanın zorunlu, orantılı ve yasaca izlenen çıkara yada toplumun bu sınırlamadan çıkaracağı avantajlara oranla aşırı ve makul olup olmayacağı değerlendirilmektedir⁶⁹.

03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı yasa ile Anayasanın 13. maddesinde yapılan değişiklikle, ölçülülük ilkesine⁷⁰ ilk kez Anayasamızda yer verilerek ölçülülük ilkesi normatif olarak Anayasamızda ifadesini bulmuştur⁷¹. Anayasa Mahkemesi bu tarihe kadar olan uygulamalarında ölçülülük ilkesini tanımlamakta ve uygulamaktaydı⁷². Doktrinde de 4709

⁶⁹ Kaboğlu, Özgürlükler, s.186, 187.

⁷⁰ Doktrinde bir görüşe göre; Anayasa'nın 13. maddesine ilâve edilen "ölçülülük ilkesi" tabiri kanun yapma tekniğine aykırıdır. Buna göre; "ölçülülük ilkesi" diye bir ilke, Anayasanın metninde geçtiğinde, sanki Anayasanın normlarının dışında, ayrı bir varlığı olan tabii hukuk ilkesine veya doktrinin ürettiği bir ilkeye Anayasanın atıf yaptığı gibi tuhaf bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle 13. maddede, "sınırlamalar... ölçülülük ilkesine aykırı olamaz" ifadesi yerine, doğrudan "temel hak ve hürriyetler, durumun gerektirdiği ölçüde sınırlanabilir" gibi bir ifade kullanılması gereklidir. Bu görüşe göre; pozitif hukuk metinleri kendi koydukları ilkelere isim vermez. O ilkenin içeriğini hüküm altına alırlar. Daha sonra doktrin buna isim verir. Maddede ifade elden ilkenin ismi doktrin tarafından verilmiştir. Bu itibarla; 2001 Anayasa değişikliğini kaleme alanlar sadece tali kurucu iktidar değil doktrin rolünü de oynamışlardır. Bkz. Gözler, Kemal, Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri: Anayasanın 13'üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme, ABD, Y.59, S.2001/4, Ankara 2001, s.61.

⁷¹ Ölçülülük ilkesine İsviçre'de ilk kez 1 Ocak 2000 tarihinde Anayasa'da yer verilmiştir. Almanya, Fransa, İtalya, Avusturya, Kanada gibi ülkelerde ölçülülük ilkesinin uygulanışı hakkında bkz. Metin, Ölçülülük İlkesi, s.17vd.; Ölçülülük ilkesi için Almanya, Türkiye, Fransa ve Kanada'da genellikle "ölçülülük ilkesi" terimi kullanılmaktadır. Almanya'da ise; "ölçüsüzlük yasağı" terimi kullanılmaktadır. Bkz. Sağlam, Fazıl, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara, 1982, s.113.

⁷² Anayasa Mahkemesi ölçülülük ilkesi ve onun alt ilkelerine ilişkin olarak; "İtiraz konusu kuralı, amaç ve sınırlama orantısının korunması ile ilgili 'ölçülülük' temel ilkesinin alt ilkeleri olan yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını saptamaya yönelik 'elverişlilik', sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma bakımından zorunlu olup olmadığını arayan 'zorunluluk-gereklilik', ayrıca amaç ve aracın ölçüsüz bir oran kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yükümlülük getirip getirmediğini belirleyen 'oranlılık' ilkeleriyle çatışan bir sınırlama sayan görüşler bu nedenle yerinde bulunmamıştır." şeklinde açıklamada bulunmuştur. 23.06.1989 T., 1988/50 E. ve 1989/27K. sayılı kararı, 04.10.1989 T. ve 20302 sayılı R.G., s.20; Anayasa Mahkemesi demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkesine göre olması gereken durumu, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması noktasında şu şekilde ifade etmiştir; "Klasik demokrasiler temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Kişinin sahip olduğu dokunulmaz, vazgeçilmez, devredilmez, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulup tümüyle kullanılmaz hale getiren kısıtlamalar, demokratik toplum düzeni gerekleriyle uyumlu sayılmaz. Getirilen sınırlamaların Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan Cumhuriyetin temel niteliklerine de uygun olması gerekir. Bu anlayış içinde özgürlüklerin yalnızca ne ölçüde kısıtlandığı değil, kısıtlamanın koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanunyolları, hep demokratik toplum düzeni içinde değerlendirilmelidir. Özgürlükler ancak istisnai olarak ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilirler. Demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun, özgürlük kısıtlamaları bu rejime özgü olmayan yöntemlerle yapılmamalı ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını ortadan kaldıracak düzeye vardırılmamalıdır". Ay. Mah. 26.11.1986 T., 1985/8 E., 1986/27 K. sayılı kararı, AMKD., S.22, s.365-366.; Ayrıca bkz. Ay. Mah. 10.01.1991T., 1990/25 E., 1991/1K. sayılı kararı, AMKD., S.27, C.I, s.97.

sayılı yasanın yürürlüğe girmesinden önce Anayasanın 13. maddesinde öngörülen temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması şartları arasında ölçülülük ilkesine yer verilmekteydi⁷³.

İdarenin faaliyetleri içerisinde özellikle de kolluk faaliyetlerinin yürütülmesi noktasında ölçülülük ilkesi önem taşımaktadır. Zira; kamu düzenini koruma gerekçesi ile kolluk makamlarının aldıkları tedbirler çoğu zaman bireylerin Anayasa ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerini sınırlamaktadır. Bu nedenle gerek adli, gerekse idari kolluk faaliyetleri ölçülülük ilkesine uygun olmalıdır. Kolluk makamları tarafından başvurulacak temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı nitelikteki kararlarda, başvuru tedbirin sağlayacağı yarar ile kısıtlanan özgürlükler arasında dengenin oluşturulması sürecinde üç unsurun bir arada ve uyum içinde bulunmasına dikkat edilmelidir. Bunlardan birincisi; ihlal edilen özgürlüğün önemi ve değeri; ikincisi ihlalin ağırlık derecesi ve üçüncüsü ise kamu düzenini tehdidin boyutlarıdır. Eğer bu üç unsurun biri diğeri ile uyumlu değil ise; o takdirde başvuru kolluk işlemi ölçülülük ilkesi ile bağdaşmamaktadır⁷⁴. Ölçülülük ilkesi gerek iletişimin denetlenmesi kararının alındığı aşamada, gerekse bu kararın icrasında dikkate alınmalıdır. İletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilecek suçların belli ağırlıkta olması tek başına ölçülülük ilkesine uygunluk için yeterli değildir, suçun ağırlığı yanında suç şüphesinin kuvvet derecesi ve sınırlama sonucu elde edilmesi beklenen yararın da tedbire başvurulmakla getirilen sınırlama ile uygun oran içerisinde olması gerekir. Yani iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurarak temel haklara getirilen sınırlama ile bir yandan işin önemi ve beklenen faydanın ağırlığı; diğer yandan şüphenin kuvvet derecesi uygun bir ilişki içinde bulunmalıdır. Ayrıca iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin olarak hakkında tedbire başvurulacak kişilerin tam ve açıkça gösterilmesi de temel haklara tecavüzün sınırlandırılıp ölçülülük ilkesine işlerlik kazandırılması bakımından önem taşır. Diğer yandan ölçülülük ilkesi iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulurken keyfî uygulamalardan kaçınılmasını gerektirdiğinden, tedbirine gerekli olduğunda ve amacına ulaşmaya elverişli olduğu hallerde başvurulması gerekir⁷⁵. Tedbirin ikincil niteliği de iletişimin denetlenmesi tedbiri yerine başka

⁷³ Uygun, Oktay, 1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Temel Rejimi, İstanbul 1992, s.161-171; Sabuncu, Yavuz, Anayasaya Giriş, Ankara 1997, s.47-48; Rumpf, Christian, Türk Anayasa Hukukuna Giriş, Ankara 1995, s.133-137; Rumpf, Christian, Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi, Anayasa Yargısı, C. 10, Ankara 1993, s.25-48; Gören, Zafer, Anayasa Hukukuna Giriş, İzmir 1997, s.365-366; Yüzbaşıoğlu, Necmi, Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İstanbul 1993, s.284-294.

⁷⁴ Erkut, Celal, Hukuka Uygunluk Bloku, İstanbul, 1996, s.108.

⁷⁵ AİHM ölçülülük ilkesi kapsamında ele alınan gereklilik kavramına; müdahalenin acil bir sosyal ihtiyaca cevap vermesi ve özellikle ulaşılmaya çalışılan meşru amaçla orantılı olması anlamını yüklemektedir. Bkz. Türmen, Rıza, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırlamaları, YD., S.1-2, Ankara 2002, s.201.

bir tedbire başvurulabiliyor ve amaca ulaşılabiliyorsa iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmamasını gerekli kılar. Bu itibarla ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri arasında yer verilen gereklilik ve elverişlilik ilkesinin bir görünümü niteliğindeki tedbirin ikincil niteliği de, ölçülülük ilkesinin işlerlik kazanması noktasında önem taşımaktadır.

D. İNSAN HAYSİYETİNİN DOKUNULMAZLIĞI İLKESİ

Dönemin düşünsel akımına bağlı olarak değişik anlamlar kazanan insan haysiyeti doktrinde genellikle şöyle tanımlanmaktadır: “Bilinçli olma, kendi kaderini tayin etme ve kendi çevresini şekillendirme yeteneği veren ve kişiliksizliği ortadan kaldıran ruhtur, manevi güçtür, kişinin hür iradesidir”⁷⁶. Hukuk devletinin gereği olan insan haysiyetinin dokunulmazlığı ilkesi “hür irade” ve “insan kişiliği” olgularını içerir. Kanunların açıklamadığı, insan haysiyetinin en yüksek değer tutulmadığı toplumların demokratik hukuk devleti olduklarından söz edilemez. İnsan haysiyeti, insanı canlı ve cansız varlıklardan ayıran kişiliği olup bu kişiliği insana duymak, düşünmek, sorup araştırmak, ahlaka göre davranmak yeteneklerini kazandırır. İnsan haysiyeti insanı bir araç derecesine indirmeyi yasaklar ve onun bizzat amaç sayılmasını, bu amaca uygun işlem görmesini sağlar⁷⁷. Temel haklar insan haysiyeti uğruna gerekli görüldükleri için, hepsinin temelinde yatan ortak düşünce nedeniyle insan haysiyetinden kaynaklanırlar ve insan haysiyetinin bağımsızlaşmış parçalarıdır⁷⁸.

Devlet insan haysiyetine dokunmamak biçiminde sadece pasif bir davranışla yetinemez; onu aktif bir şekilde korumalıdır. İnsan haysiyetine yönelik tehditleri hemen önlemeli, bunun için gerekli olan tedbirleri almalıdır. Bu önleme yükümlülüğü güncel tehditler yanında potansiyel tehditleri de içerir⁷⁹.

1982 Anayasasında, Alman Anayasasının aksine insan haysiyeti açıkça bir temel hak olarak düzenlenmemiştir⁸⁰. Ancak Anayasanın başlangıç bölümünün 6. paragrafında, “her

⁷⁶ Bkz. Öztürk, Koğuşurma, s.68; Öztürk, Bahri, Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları, Hukuka Aykırı Elde Edilen Deliller, Yasak Kanıtlar, AÜSBF İHM Yayını, Ankara 1995, s.22; Şahin, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Ankara 1994, s.70, Gökçen, Elkoyma, s.41.

⁷⁷ Bkz. Yüce, Turhan Tufan, Sanığın Savunması ve Korunması Açısından Ceza Soruşturmasının Ümanist İlkeleri, TBBD, 1998, S.1, s.158,159.

⁷⁸ Gören, Anayasa Hukuku, s.376.

⁷⁹ Özbek, Ceza Muhakemesi, s.65.

⁸⁰ Alman Anayasası insan haysiyetini birinci maddesinde düzenlemektedir. Bu nedenle insan haysiyetini en yüksek hukuki değer olarak kabul ettiği söylenebilir. Bkz. BVerfGE 45, 187 (227); İnsan haysiyeti kavramının belirsiz oluşu, uygulamada güçlükler sebepten olabileceğinden Alman Anayasa Mahkemesi bu konuda insanın

Türk vatandaşının ... onurlu bir hayat sürdürme hak ve yetkisinin bulunduğu” belirtilmiştir. Yine Anayasada devletin temel amaç ve görevleri arasında, kişinin temel hak ve özgürlüklerini sosyal hukuk devleti ile bağdaşmayacak surette sınırlayan engelleri kaldırma ve insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışma yükümlülüğüne de yer verilmiştir(Ay. m.5). Ayrıca; kimsenin insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir ceza ve muameleye tabi tutulamayacağı (Ay. m.17/3) da belirtilerek, bir yandan insan haysiyetine verilen önem ifade edilmiş, diğer yandan da ilkenin hukuk devleti ile olan ilişkisi ortaya konmuştur⁸¹. İnsanların istisnasız insan haysiyetine sahip olmalarından ve bu nedenle eşit olmalarından, özgürlükçü demokrasiler için eşit davranma ilkesinin olağan bir ilke olduğu sonucu çıkmaktadır. Anayasada eşitlik ilkesi içeren kural bu yönüyle Anayasanın 10. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere insan haysiyetinin korunması ilkesinin doğal bir sonucudur⁸². Aynı şekilde bireylerin iletişim özgürlüğü de insan onuru ve insanın maddi ve manevi varlığını geliştirmesi hakkında kaynağını almaktadır.

CMK’nun 148. maddesinde şüpheli veya sanığın iradesini özgür olmaktan çıkaran yani onursuz kılan usuller yasaklanmakta ve insan haysiyetine aykırı bir işlem ve böylece elde edilecek delillerin muhakemede kullanılmasına gösterilecek rızanın kabul edilmeyip geçersiz sayılacağı öngörülmektedir. TCK’nda ise; insan haysiyetini ihlal eden işkence, eziyet (TCK 94, 95, 96) ve hakaret (TCK m.125) suç olarak düzenlenmektedir. Bu nedenle ilk bakışta ahlaki bir değer gibi görünen insan haysiyetinin hukuki bir değere sahip olduğu da görülmektedir⁸³.

Özellikle hayatın gizli alanına yapılan müdahalelerin insan haysiyetini ihlal ettiği açıktır. Nitekim TCK ikinci kitap, ikinci kısım, dokuzuncu bölüm başlığı “özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar” başlığını taşımakta olup, 132-140. maddeler arasında bu

obje haline getirilmesini insan onuruna aykırı bularak “obje haline getirme” kriterini belirlemekle birlikte söz konusu kavramın daima somut olayda tespitini istemektedir. Bkz. Şahin, Sanığın Sorgulanması, s.71.

⁸¹ Anayasa Mahkemesine göre; “İnsan haysiyeti kavramı, insanın ne durumda, hangi koşullar altında bulunursa bulunsun, salt insan oluşunun kazandırdığı değer tanınması ve sayılmasını anlatır. Bu öyle bir davranış çizgisidir ki, ondan aşağı düşünce, davranış ona muhatap olan insanı insan olmaktan çıkarır. İnsan onuru kavramını, toplumların kendi görenek ve geleneklerine ve topluluk kurallarına göre saygıya değer olabilmesi için bir insanda bulunmasını zorunlu gördükleri niteliklerle karıştırmamak gerekir. Bu kavramın gelişmesi ve yeterince yerleşmesi çok uzun zaman almış, pranga, bentlik, teşhir, boyunduruk, dayak gibi cezaların kaldırılabilmesi bu yolla sağlanmıştır”. Bkz. Ay. Mah. 28.06.1966 T., 1963/132E., 1966/29K. sayılı kararı, AMKD., S.4, s.187.

⁸² Gören, Zafer, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının Ana İlkesi: Dokunulmaz İnsan Onuru, İTÜSBD, Yıl 6, S.12, Güz. 2007/2, s.32.; Anayasanın 10. maddesinin gerekçesi için bkz. İzgi/Gören, Anayasanın Yorumu, s.150 vd.

⁸³ Şahin, Sanığın Sorgulanması, s.71.

alana yönelik fiiller suç olarak düzenlenmiştir. Diğer yandan; insan haysiyetinin dokunulmazlığının sınırsız olduğu da kabul edilemez. Bu ilkenin sınırı hukuk devleti ve ölçülülük ilkesidir. Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbiri ile getirilen sınırlama özel hayat alanına yönelik olduğundan, tedbirin insan haysiyetini ihlal ettiği de nazara alındığında sıkı şartlara tabi tutulması, Anayasa ve kanunlar ile öngörülen çerçevede bu tedbire başvurularak her somut olayda obje haline getirme kriterinden ve ölçülülük ilkesinden hareket edilmesi, insan haysiyetinin dokunulmazlığına yönelen bu tedbire hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak ancak zorunluluk halinde ve sonuca ulaşmaya elverişli olduğunda başvurulması gerektiği dikkate alınmalıdır⁸⁴.

E. DÜRÜST İŞLEM İLKESİ

Dürüst işlem ilkesi ceza muhakemesi işlemlerinin kandırma, yanıltma ve zorlama gibi insan iradesini engelleyen veya savunmayı kısıtlayan yollara başvurmaksızın, hukuk devleti ilkesine uygun ve önceden yasalar tarafından öngörülmüş kurallar çerçevesinde yapılmasıdır⁸⁵. Şüphe temeli üzerinde yürüyen ceza muhakemesinde şüpheyi ortaya koyan delillerin kendine has özellikleri bulunmaktadır. Bu özelliklerden birisi de delillerin aranmasında doğruluk kurallarının önemidir. Doğruluk kuralları ise devlet ve suçlu arasında önemli bir denge ögesidir⁸⁶. Delil toplama esnasında şüpheli veya sanık aleyhine hileli ve dürüst olmayan yöntemlerin önlenmesi ancak dürüst işlem ilkesine uyulması ile mümkün olur⁸⁷. Bu ilke soruşturma makamlarının başta sanığa ve diğer ilgililere karşı insafı, anlayışlı, savunmayı kolaylaştırıcı biçimde davranmalarını gerektirir⁸⁸. Bu da ancak bağımsız, güvenceli, yansız, adil muhakeme ilkelerinin geçerli olduğu bir adalet organı ile gerçekleştirilebilir⁸⁹.

⁸⁴ Doktrinde telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin gizliliğinin ihlalinin kişilik hakkına saldırı niteliğinde olduğu ifade edilmektedir. Zevkliler, Aydın/Havutçu, Ayşe, Medeni Hukuk Temel Bilgiler, Ankara 2005, s.124.

⁸⁵ Öztürk, Koğuşurma, s.73; Gökçen, Elkoyma, s.46, 47; Şahin, Sanığın Sorgulanması, s. 76, 77.

⁸⁶ Bozuat, Pierre, Ceza Muhakemesinde Kanıtların Toplanmasında Doğruluk Kuralları, çev. Hasan Bıyıklı, YD., 1977, C.3, S.1, s.87.

⁸⁷ Özbek, Ceza Muhakemesi, s.70.

⁸⁸ Yüce, Ümanist İlkeler, s.164 vd.

⁸⁹ Kaboğlu, Özgürlükler, s.315; Her sanığın hakim önünde derdini anlatabilmesini, ne istediğini söyleyebilmesini, hiç veya gereği gibi dinlenmeden mahkum edilmemesini, öne sürülen iddiaları ve aleyhine olan delilleri çürütebilmesini ve bu sayede muhakemenin gidişine etki edebilmesini adil yargılanma hakkı ifade eder. Uyuşmazlıkların gerçekleri yansıtabilmesi için, tarafları arasında fiili ve hukuki bir fark gözetilmeksizin iddia ve savunmalarının eşit ölçülerde ve karşılıklı olarak yapılabilirdiği yargılama dürüst ve adil yargılamadır. Bkz. Donay, Süheyl, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları, İstanbul 1982, s.41.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin birinci paragrafında dürüst yargılanma (fair trial)⁹⁰ kuralları sıralanmıştır. Buna göre; davanın kanunla kurulan, bağımsız ve tarafsız mahkeme önünde, makul sürede açık ve aleni duruşma yapılarak görülmesi gerekir⁹¹.

Sözleşmenin 6. maddesinin III. paragrafında sayılan sanık hakları ise şunlardır;

- Anladığı dilde suçlanması ve neden suçlandığını bilmesi,
- Savunma hazırlığı için yeterli zamana ve uygun mekana sahip olması,
- Kendisini bizzat veya seçeceği avukat yoluyla savunması,
- Tanıkları sorgulaması ve sorgulatması,
- Duruşmada gerekiyorsa bir çevirmen yardımından ücretsiz yararlanmasıdır⁹².

1982 Anayasası Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinin birinci paragrafında yer alan hakları, “hak arama özgürlüğü” (m.36), “kanuni hakim güvencesi” (m.37), ve “duruşmanın açık ve kararların gerekçeli olması” (m.141), kenar başlıklı maddeleriyle düzenlemektedir. Makul süre içinde yargılanma ise; 19. maddenin VII. fıkrasında ifadesini bulmuştur. Adil yargılanma hakkı kavram olarak ilk kez 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı yasayla Anayasanın 36. maddede yapılan değişiklikle Anayasamızda ifadesini bulmuştur. Buna göre;

“Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.”

Vicdani delil sisteminin geçerli olduğu günümüzde, vicdani kanaati oluşturan delillerin delil serbestisi ilkesi doğrultusunda özgürce, ancak usulüne uygun şekilde araştırılması gerekir. Ceza adaletinde de toplumsal yararlılık üzerinde durularak ceza adaleti

⁹⁰ Fair trail ilkesi dürüst işlem ilkesinin karşılığıdır. Bu kavrama ilişkin olarak çoğunlukla dürüst dinlenme (fair-hearing) terimi yerine dürüst yargılanma terimi kullanılmaktadır. Esasen her iki terim Anglo-Amerikan ceza muhakemesi hukuku kökenlidir ve aynı kavramı ifade etmektedir. Schröder, Friedrich Christian, Ceza Muhakemesinde Dürüst Yargılanma İlkesi, çev. Cumhur Şahin, Prof. Dr. Şakir Berki'ye Armağan, Konya 1996, C.5, S.1-2, s.270.

⁹¹ 1982 Anayasasının DGM'lerini düzenleyen 143. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları doğrultusunda değiştirilerek mahkemedeki askeri hakim üyelerin varlığına son verilmiştir.(R.G. 18.06.1999/Kanun no. 4388) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bir mahkemenin bağımsızlığını araştırırken, üyelerin atanma ve görevden alınma usulüne, görev süresine, herhangi bir makamın üyelerine emir verme yetkisinin bulunup bulunmadığına, üyelere etkide bulunulmaması için bir önlem alınıp alınmadığına ve mahkemelerin genel bir değerlendirmeye bağımsız bir görünümde olup olmadıklarına önem vermektedir. Bkz. Centel, Nur, Ceza Muhakemesi Hukukunda Hakimin Tarafsızlığı, İstanbul 1996, s.25, 26.

⁹² Gölcüklü, Feyyaz/Gözübüyük, Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 2007, s.265.

insancıl kılınmalıdır. Bunun için öncelikle sanık ve hükümlünün obje olarak değil, insan olarak görülmesi gerekir. Deliller araştırılırken de yasalara bağlı ve ahlaki davranılmalıdır⁹³.

Delillerin toplanmasında başvurulacak işlemlerin, kullanılan yöntemlerin insan haysiyetini, adaletin saygınlığını zedelememesi için başvurulacak dürüst işlem ilkesi telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirini bakımından da önem taşımaktadır. Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulurken insan hakları ihlalleri yaratmamak ve hukuk devleti ilkesini zedelememek için Anayasa ve kanunlarla öngörülmüş esaslara uyularak adli ve önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi faaliyeti icra edilmelidir. Bu noktada kural olarak hakim kararı olmadan iletişimin denetlenmesi faaliyeti icra edilmemeli, gecikmede sakınca olan hallerde kanunla yetkili kılınan mercinin yazılı emri aranmalı, dürüst işlem ilkesine ve kanunlarda öngörülen şartlara dayanmayıp hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil eden denetleme sonucu elde edilen deliller de hukuka aykırı delil sayılarak ceza muhakemesinde kullanılmamalıdır. Diğer yandan; kolluğun da dürüst işlem ilkesinden ayrılarak iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurması halinde elde ettiği delillerin muhakemede kullanılamayacağını bilmesi hukuka uygun hareket etmesini sağlayacak en etkin mekanizmadır.

F. MADDİ GERÇEĞİN ARAŞTIRILMASI İLKESİ

Ceza Muhakemesinde uyuşmazlığın toplumu yakından ilgilendirmesi, medeni muhakemede ise toplumu o kadar ilgilendirmeyip daha fazla bireyleri ilgilendirmesi nedeni ile iki muhakeme hukuku dalının usul kuralları birbirinden farklı olmuştur⁹⁴. Ceza muhakemesinde medeni muhakemeden farklı olarak şekli gerçeğe yetinilmemesi ve maddi gerçeğin araştırılması zorunluluğu beraberinde delil serbestisi esasını getirmiştir. Bu ilke, maddi gerçeği arayan ceza muhakemesinde her şeyin delil olabileceğini ifade eder. Ancak bu ilkenin gerçeğin ne pahasına olursa olsun aranacağı şeklinde anlaşılmaması gerekir⁹⁵.

Ceza muhakemesinde maddi gerçeğin ortaya çıkarılması, bir yandan maddi olayların doğru saptanması ve diğer yandan da saptanan olaylara yasanın doğru uygulanması demektir. Ceza muhakemesinde asıl amaç fertlerin hak ve özgürlüklerini teminat altına almak ve

⁹³ Selçuk, Sami, Kanıtların Toplanmasında Yasallık, Dürüstlük ve Total Ceza Adaleti, YD, C.3, Nisan 1977, S.2, s.52-68.

⁹⁴ Tosun, Öztekın, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Muhakemenin Yürüyüşü II, İstanbul 1976, s.38, 39.

⁹⁵ Özbek, Veli Özer, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, Ankara 1999, s.35.

toplumun menfaatinin korunması olmakla birlikte; kendine özgü amacın maddi gerçeğin araştırılması olduğu, muhakemeye katılan kişilerin çıkarları ile suçluların cezalandırılmasıyla gerçekleşecek olan çıkarların birlikte korunmasının amaçlandığı söylenebilir⁹⁶. Ceza muhakemesinde maddi gerçeğin ortaya çıkarılması her süjeye düşen görevdir. Her süje, kendi olanaklarına ve anlayışına göre, maddi olayların doğru saptanmasına ve bunlara yasanın doğru uygulanmasına yardımcı olmakla yükümlüdür⁹⁷.

5271 sayılı CMK'nun 160. maddesinde; "Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimi veren hali öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar.

Cumhuriyet savcısı; maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür." hükmüne yer verilerek maddi gerçeğin araştırılması ilkesine işaret edilmiştir.

1136 sayılı Avukatlık Kanununun 4667 sayılı yasanın 2. maddesi ile değişik 2/1 hükmünde de; müdafinin her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlığın adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesi yükümlülüğüne işaret edilmektedir. Bu yükümlülük gereği öncelikle maddi olayların saptanması gereklidir. Ancak müdafinin sanığa yardım ve sır saklama yükümlülüğü gözönünde tutulduğunda olayların saptanması bakımından mahkemeden ve savcıdan beklenen yaklaşımın müdafiden beklenmeyeceğinin de kabulü gerekir. Müdafî sanığın aleyhindeki olayları saptamakla, hatta saptamaya yardımla yükümlü tutulamaz. Buna karşılık müdafinin olayları saptırmaya ve yargılama makamlarının gerçeğin aydınlatılmasına yönelik faaliyetlerine engel olmaya hakkı da yoktur. Sanığın mahkum olmasını yada daha ağır bir cezaya çarptırılmasını gerektirecek olayları ortaya çıkarmanın da müdafinin görevi olduğu söylenemez⁹⁸.

Hukuk muhakemesinde esasen kanuni delillere dayanan biçimsel gerçeklik önemlidir. Çünkü hukuk davalarında ispatlanması gereken hukuksal tasarruflardır. Ceza muhakemesinde ise maddi olayların ispatı ile vicdani kanaat oluşacağından nesnel delillere dayanılmaktadır.

⁹⁶ Cihan, Erol, Ceza Muhakemesi Hukukunun Gayesi, İHFM 1962, C. 28, S.3-4, s. 702-710.

⁹⁷ Bkz. Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s.204

⁹⁸ Bkz. Yüce, Hukuk Devleti Esasları, s.51; Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s.205.

Maddi gerçeğe ulaşmada başvuru delillerin araştırılması ise her türlü araçla olmaz. Bu noktada öncelikle yukarıda açıkladığımız insan haysiyetine saygılı olma zorunluluğu vardır⁹⁹. Gerçekten hukuk devletinde maddi gerçeğin her ne pahasına olursa olsun araştırılması kabul edilmemekte ve delil yasakları ile bu ilkeye sınırlar getirilmektedir¹⁰⁰. Maddi gerçeğin sınırsız surette aranması pek çok kişisel ve toplumsal değeri tahrip edeceğinden, maddi gerçeğin araştırılması ilkesine günümüzde mutlak bir değer tanınmamakta, gerçeğin araştırılmasına delil yasakları denilen sınırlamalar getirilerek kişisel ve toplumsal değerlerin korunması amaçlanmaktadır¹⁰¹. 18.11.1992 tarih ve 3842 sayılı kanunla, mülga 1412 CMUK'nun 254. maddesinin 2. fıkrasına ilave edilen düzenleme ile; “soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri delillerin hükme esas alınamayacağı” belirtilmiş, 5271 sayılı CMK'nun delilleri takdir yetkisi başlıklı 217. maddesinin 2. fıkrasında ise; “yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.” hükmüne yer verilerek, ceza muhakemesinde maddi gerçeğin araştırılması ilkesinin hukuk devleti ilkesi doğrultusunda sınırı belirlenmiştir. Bu itibarla; telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından maddi gerçeğin araştırılması ilkesinin delil yasakları ile sınırının çizildiği, bu ilkedan maddi gerçeğin ne pahasına olursa olsun aranacağı sonucunun çıkarılamayacağı, hukuka aykırı olarak telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmasının hukuk devleti ilkesi yanında pek çok kişisel ve toplumsal değeri tahrip edeceği gözönünde tutulmalıdır.

⁹⁹ Selçuk, Kanıtların Toplanması, s.50, 51.

¹⁰⁰ Yargıtay'a göre de; “Ceza yargılamasının amacı, maddi gerçeğin yargılama yasasının öngördüğü usuller çerçevesinde saptanmasıdır. Yargılama yasamız ise, adil, etkin ve hukuka uygun bir yargılama yapılmasını amaçlamaktadır. O halde, yargılama usulüne ilişkin kurallar yasanın bu amacına uygun olarak yorumlanmalı, amaçlanan hususların somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediği ve yargılama usulüne ilişkin kuralların uygulanmasındaki yanlışların savunma hakkının özünü ihlal edip etmediği değerlendirilerek bir sonuca ulaşılmalıdır”. Yrg. GKG, 28.09.2004 T., 2004/6-142E., 2004/173K. sayılı ilamı (Yayınlanmamış Yargıtay kararı).

¹⁰¹ Bazı işlem ve eylemlerin delil yasağı olarak kabul edilmesinde, hukuk düzeninin delil yasaklarına tanıdığı görev tayin edici olmaktadır. Bu konuda batılı ülkelerin doktrin ve uygulamasında iki temel görüş bulunmaktadır. Bunlardan birincisine göre; delil yasaklarının görevi insan haklarına, temel hak ve özgürlüklere hizmet etmektir; ikincisine göre ise kolluğu disiplin altına almaktır. Öztürk, Delil Yasakları, s.21.

IV. TÜRK HUKUKUNDA İLETİŞİMİN DENETLENMESİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ

A. CUMHURİYET ÖNCESİ DÖNEMDE İLETİŞİMİN DENETLENMESİ

Cumhuriyet öncesi dönemde geçerli olan İslam Hukukunda bugünkü anlamda koruma tedbirlerinin bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Bununla birlikte yakalama, tutuklama¹⁰², arama gibi bazı tedbirlere başvurulduğu görülmektedir. İslam Hukuku ayıp ve kusur araştırmayı yasaklamıştır¹⁰³. Bu doğrultuda başkalarının gizli ve ayıp sayılan hallerinin araştırılması, sahibinden habersiz öğrenilmesi ve açıklanması yasak sayılmıştır. Kur'anın bir ayetinde “tecessüs etmeyin” denilerek bu husus belirtilmiştir. Bu ayetin yorumunda, “müminlerin eksiklerini bulacağız, açık delil ve emareler elde edeceğiz (...) diye casus gibi inceden inceye yoklayıp araştırmayın da zahir olanı tutun, Allahın örttüğünü örtün” denilmiştir¹⁰⁴. İslam hukukunda kıyas mümkün olduğundan, özel hayatın gizliliği ve korunması tecessüs yasağının kıyasen uygulanması ile kabul edilmiştir. Bu doğrultuda haberleşmenin gizliliği¹⁰⁵, konut dokunulmazlığı, şahsi ve mesleki sırların gizliliği, özel ve aile hayatının gizliliği kabul edilmiştir. İslam hukukunun geçerli olduğu önceki hukukumuzda haberleşmenin gizliliğine müdahaleye ilişkin kaynak bulunmamaktadır. Ancak İslam hukukunda temel prensip yasaklananlar dışında her şeyin mübah, serbest olduğudur. Bu nedenle haberleşme de insan ve toplumun maslahatı olduğundan, haberleşme özgürlüğüne müdahale edilemez. Haberleşme zaruri maslahatlardan bazılarının kapsamına girebilecek önemdedir¹⁰⁶.

İslam Hukuku açısından sahibinin rızası olmadan meclis içinde söylenen sözlerin başkalarına aktarılmasına izin verilmediği gibi, gizli kalması talep edilen diğer durumlarda da sözlerin başkalarına aktarılmasına izin verilmemiştir. İslam hukukunda sözlerin ifşası memnu olduğu gibi, gizli olarak konuşulan sözlere anlam yüklemeye çalışmak da olumsuz karşılanmıştır. Bu itibarla İslam hukukuna göre iki kişi yada daha fazlası gizli görüşürlerken araya girip dinlemeye çalışılmaması icap eder. Genel görüş bu yönde olup bu tarz hareketin

¹⁰² Centel, Tutuklama, s.27 vd.

¹⁰³ Armağan, Servet, İslam Hukukunda Özel Hayatın Gizliliği, İslam Tetkikleri Enstitüsü Dergisi, C.6, S. 3-4, İstanbul 1976 s.145 vd; Fendoğlu, Hasan Tahsin, Hukuk Tarihimizde Temel Haklar, Konya 1994, s.118; Türkmen, Ali, İslam İletişim Hukuku, Samsun 1996, s.379 vd.

¹⁰⁴ Yazır, M. Hamdi, Hak Dini, Kuran Dili, C.6, İstanbul 1935, s.4472 vd.

¹⁰⁵ Bkz. Fendoğlu, Hasan T., Mevzuatımızda ve Önceki Hukukumuzda Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 6, 1993, s.106.

¹⁰⁶ Fendoğlu, Özel Hayatın Gizliliği, s.123.

sui edep sayılacağı kabul edilmiştir¹⁰⁷. Bu doğrultuda İslam Hukuku açısından sahibinin izni olmaksızın mahrem kalması gereken durumların ve sözlerin açığa çıkarılmasının haram sayılması yanında¹⁰⁸, bireyin huzurunda yada gıyabında mektubunun yasanın izni olmaksızın alınmaya çalışılması da cezayı ve kınamayı gerektiren bir durum olarak kabul edilmiştir¹⁰⁹. Mecelleye göre de; kişilerin yazıya döktüğü haberleşmesi ile sözlü haberleşmesi aynı önemdedir. Gerçekten Mecellenin 69. maddesinde; “Mukatebe, muhataba gibidir” (yazışma karşılıklı konuşma gibidir) hükmüne yer verilmiştir¹¹⁰.

Emeviler ve Abbasiler döneminde postaya ‘Berid’ ismi verilmiştir. Berid teşkilatına ait olarak elde bulunan en eski paleografik belge 1933 senesinde Semerkant yakınlarında Mug-Kale harabelerinde yapılan kazıda çıkarılmış olan M.S. 717-718 tarihli bir vesikadır. Bu vesika o tarihte orada berid idaresinin bulunduğunu göstermesi bakımından önem taşımaktadır¹¹¹. Bütün İslam devletlerinde “Berid” teşkilatı esasen iki temel görevi ifa etmiştir. Bunlar;

a. Devletin haberleşmesini temin etmek, memurların ülke içerisinde seyahatlerini sağlamak, postacılık ile ilgili diğer görevleri yerine getirmek.

b. İstihbarat ve gizli haber taşıma vazifesini görmektir¹¹².

Berid teşkilatının üyeleri belirli niteliklere sahip olan kişilerden seçilirlerdi. Zira; gizli haber taşıma, istihbarat, devlet haberleşmesinin güven içinde gerçekleştirilmesi, postanın ve postacının güvenliğinin sağlanması herkes tarafından gerçekleştirilebilecek görevlerden değildi. Bu nedenle berid teşkilatındaki kişilerin görevlerini eksiksiz ve istenilen ölçüde yerine getirebilmeleri için güvenilir bir kişi olmalarının yanında; tedbirli, basiretli davranan

¹⁰⁷ Berki, Ali Himmet, 250 Hadis Tercüme ve İzahı, Ankara 1972, s. 28.

¹⁰⁸ Rivayete göre; Hz. Ömer Medine’de geceleri sokakta gezerdi. Bir gece, evlerin birinden şarkı sesi geldiğini duyması üzerine, duvardan atlayıp içeriye girmiştir. İçerideki şahsın yanında kadın ve şarap olduğunu görünce hiddetlenerek “ey Allah düşmanı, sen masiyet yapacaksın da Allah seni mutlaka setredecek mi sandın?” diyerek ona bağırıştır. Adam ise cevaben “sen de acele etme ya Ömer” diyerek, kendisinin de tecessüs etmek, kapı yerine duvardan atlamak suretiyle suç işlediğini belirtmiştir. Bunun üzerine Hz. Ömer, bu şahsa ceza vermeyip tevbe etmesini ve ayrıca kendisini de affetmesini istemiştir. Bkz. Yazır, Hak Dini, s.4473.

¹⁰⁹ Berki, 250 Hadis, s.177.

¹¹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Öztürk, Osman, Osmanlı Türk Tarihinde Mecelle, İstanbul 1973, s.129-162.

¹¹¹ Kayaoğlu, İsmet, İslam Kurumları Tarihi, Ankara 1985, s.65.

¹¹² Yazıcı, Nesim, Klasik İslam Döneminde Haberleşme Kurumu İle İlgili Bazı Mülahazalar, AÜİFD, C.29, Ankara 1987, s.380.

iyi bir idareci de olmaları gerekli idi¹¹³. Emevi hükümdarlarından Abdülmelik bin Nevran postacılık sistemine daha da önem vererek posta ve postacılar için özel önlemler getirmiş, postacıların halife yanına giriş çıkışlarında soruşturma bürokrasisinden uzak tutulmalarını sağlayarak bürokrasinin haberleşmeye gereksiz müdahalelerini önlemiş, bu da haberleşmenin gizliliğinin kurumsal bir sorumluluk taşımasına katkı sağlamıştır¹¹⁴. Gaznelilerde ise resmi postanın açılması ve hükümdarlara arzı konusunda gizliliğe riayet edilerek haberlerin yayılmaması için tedbirler alınmıştır. Bu doğrultuda postanın açılması sırasında vezir ve divanın birkaç memuru dışında başkasının hazır bulunmaması sağlanmıştır.

Osmanlılarda ise devletin kuruluşundan XVI. yüzyıla kadar geçen süreçte posta müessesesi ulak sistemi ile devam etmiştir. Devlete ait resmi evrakı bir yerden başka bir yere götürmekle görevli resmi memur olan ulaklar iffet sahibi, namuslu ve güvenilir kişiler arasından seçilerek haberleşmenin gizliliğinin sağlanması amaçlanmıştır¹¹⁵. Bunun yanında İslam Hukukuna dayanan Osmanlı Hukukunda haberleşme gizliliğini korumaya yönelik olarak tecessüs anlayışını görmek mümkündür. Gerçekten Osmanlı ceza hukukunda telgraf muharebelerinin gizliliğini ihlal edenlere para cezası verilmiş, suçun kasten işlendiği tespit edildiğinde ise üç aydan iki yıla kadar değişen hapis cezalarına hükmolunmuştur¹¹⁶.

Osmanlı mevzuatında özel hayatın gizliliği ve korunması ile ilgili hükümler mevcuttur. 1859 tarihli Telgraf Nizamnamesi'nin 19-21. maddeleri ve 1871 tarihli Posta Nizamnamesinin 10-22. maddelerinde haberleşmenin gizliliğini ihlal eden görevlilerin cezalandırılması öngörülmüştür¹¹⁷. Ayrıca 1858 tarihli Ceza Kanunu ile konut dokunulmazlığı güvence altına alınarak ihlal edenler cezalandırılmıştır. Aynı şekilde 1876 tarihli Kanun-u Esasi'nin 22. maddesi de aynı hususu düzenlemiştir¹¹⁸. Mecellenin 69. maddesi ise; yazılı haberleşmeyi sözlü haberleşme gibi kabul ederek, bu tür haberleşmenin gizliliğinin korunmasını amaçlamıştır¹¹⁹.

¹¹³ Yazıcı, Klasik İslam Döneminde, s.382.

¹¹⁴ Bkz. Kazıcı, Ziya, İslam Müesseseleri Tarihi, İstanbul 1991, s.274.

¹¹⁵ Kazıcı, İslam Müesseseleri, s.282.

¹¹⁶ Fendoğlu, Hasan Tahsin, Türk Hukuk Tarihi (Türk Devlet ve Anayasa Hukuku Tarihi), İstanbul 2000, s.258.

¹¹⁷ Alpkaya Gökçen, Osmanlı Hukuk Reformu ve Kişi Özgürlüğü, (1839-1908), İHY, C. 12, 1990, s.176.

¹¹⁸ Fendoğlu, Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması, s.106.

¹¹⁹ Berki, Ali Himmet, Açıklamalı Mecelle, İstanbul 1990, s.25.

B. CUMHURİYET SONRASI DÖNEMDE İLETİŞİMİN DENETLENMESİ

1. Anayasalarda Düzenlenişi

a.1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu

1924 Anayasasında özel hayatın gizliliğini güvence altına alan ayrı bir madde bulunmamaktadır. Ancak Anayasanın 71. maddesinde konut dokunulmazlığı, 81. maddesinde ise haberleşme hürriyeti düzenlenerek özel hayatın gizliliğinin güvence altına alınması amaçlanmıştır¹²⁰. Anayasanın haberleşme gizliliğini güvence altına alan 81. maddesine göre; “Postalara verilen evrak, mektuplar ve her nevi emanetler selahiyettar müstantık, mahkeme kararı olmadıkça açılmaz ve telgraf ve telefon ile vaki olan muhaberatın mahremiyeti ihlal olunamaz”.

20 Nisan 1924’te TBMM tarafından kabul edilerek 23 Nisan 1924 tarihinde yayınlanan 1924 Anayasasında temel hak ve hürriyetlerin felsefî kökeni ve sınırları konusunda Fransız devriminden beri süregelen ve 18. yüzyıl filozoflarının geliştirdikleri tabii hak doktrini benimsenmiştir¹²¹. Anayasada tabii haklar doktrininin ruhu hatta dili sezilmektedir¹²². Gerçekten Anayasa’nın 8. maddesine göre; “Her Türk hür doğar, hür yaşar. Hürriyet, başkasına zarar vermeyecek her şeyi yapabilmektir. Tabii haklardan olan hürriyetin herkes için sınırı, başkalarının hürriyeti sınırıdır. Bu sınırı ancak kanun çizer”. Diğer yandan 1924 Anayasasında çoğunlukçu demokrasi anlayışını benimsenmiştir. Bunu, Anayasanın “hakimiyet bila kayd-ü-şart milletindir” (m.3) ve “Türkiye Büyük Millet Meclisi milletin yegane ve hakikî mümessili olup millet namına hakk-ı hakimiyeti istimal eder” (m.4) hükümlerinden çıkarmak mümkündür. Burada egemenliğin kayıtsız, şartsız Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kullanıldığı hüküm altına alındığından, meclisin iradesinin sınırsız olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle meclis çoğunluğunun oyuyla azınlık haklarının ölçsüz şekilde sınırlandırılması mümkün hale gelmiştir.

1924 Teşkilât-ı Esasiye Kanununda tanınan hak ve hürriyetlerin yargısal güvencelerinin olmaması, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının ölçütlerinin

¹²⁰ Danışman, Ahmet, Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması, Konya 1991, s.92.

¹²¹ Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 1995, s.11.

¹²² Münci, Kapani, Kamu Hürriyetleri, Ankara 1993, s.109; Arsel, İlhan, Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, C.I, Ankara 1965, s.104; Tanör, Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, İstanbul 1998, s.256.

gösterilmemiş bulunması, keza bu dönemde bir Anayasa Mahkemesinin kurulmamış ve yargı bağımsızlığının tam anlamıyla sağlanamamış olması gibi hususlar da çoğunlukçu demokrasi anlayışının pekişmesine, azınlık haklarının korunamamasına yol açmıştır¹²³. Gerçekten 1924 Anayasasının en büyük eksikliği hak ve hürriyetlerin yasama organına karşı korunması bakımından hiçbir güvence getirmemiş olmasıdır. Hak ve hürriyetlerin kullanım şekli yanında sınırlandırılması da TBMM'ye bırakılmış, onun bu yetkiyi hangi esaslara göre kullanacağına ilişkin hiçbir esasa yer verilmediği gibi, bu yetkinin keyfi yada hürriyetleri yok edecek tarzda kullanılma ihtimaline karşı herhangi bir önleyici tedbir de öngörülmemiştir.

Hürriyetçi yaklaşımına nazaran 1924 Anayasasının temel hak ve hürriyetleri geniş ve ayrıntılı şekilde düzenlemeyip çoğu zaman bunların adlarını saymak ve sınırlarının kanunla çizileceğini belirtmekle yetinmesi meclisin hürriyetleri dilediği gibi sınırlandırabilmesine yol açmıştır. Bununla birlikte 1924 Anayasasının haberleşme hürriyetini güvence altına alması ve telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbiri yönünden önemli güvenceler getirmesi bakımından dönemin şartları altında oldukça ileri düzeyde hükümler de içerdiği görülmektedir.

b. 1961 Anayasası

1961 Anayasası özel hayatın gizliliği ve korunması hakkını Türkiye’de ilk defa düzenleyen Anayasa olduğu gibi, dünyada da bu hakka yer veren ilk Anayasalardan birisidir¹²⁴. Diğer yandan “Temel Haklar ve Ödevler” başlıklı ikinci kısmının uzunluğu da karakteristik özelliklerinden birisini oluşturmaktadır¹²⁵. 1961 Anayasanın 15. maddesi özel hayatın gizliliğini, 16. maddesi konut dokunulmazlığını, 17. maddesi ise haberleşme hürriyetini güvence altına almaktadır¹²⁶. Anayasanın özel hayatın korunması üst başlığı altında yer alan haberleşme hürriyeti başlıklı 17. maddesine göre;

¹²³ Bkz. Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s.57-75.

¹²⁴ Danışman, Özel Hayatın Korunması, s. 92, 93.

¹²⁵ Temel hak kavramı ilk kez 1961 Anayasasında kullanılmıştır. Akıllıoğlu, Tekin, İnsan Hakları I Kavramlar Kaynaklar Koruma Sistemleri, Ankara 1995, s.2; Doktrinde bir görüşe göre; bir hakkın ihlali ile insanın onurlu yaşam sürdürmesi ve insan olması sebebiyle sahip olması gereken asgari şartlara kavuşması engelleniyorsa o hak, temel haklardan sayılır. Bkz. Donnelly, s. 50.

¹²⁶ Her ne kadar 1961 Anayasasının 17. maddesi “Haberleşme Hürriyeti” kenar başlığını taşımakta ise de; gerçekte kitle haberleşme araçlarını kapsamına almamıştır. 1961 Anayasasının kitle haberleşme araçlarını ilgilendiren hükümleri düşünce özgürlüğüne ilişkin 20, bilim ve sanat özgürlüğünü düzenleyen 21, basın ve yayına ilgili hükümleri içeren 22-27. maddelerinde yer almaktadır. Bu maddelerin açıklaması için bkz. İçel, Kayıhan, Haberleşme Özgürlüğü, İHFM, C.41, S.1-2, İstanbul 1975, s. 90 vd.

“Herkes haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.

Kanunun gösterdiği hallerde, hakim tarafından kanuna uyun olarak verilmiş bir karar olmadıkça, bu gizliliğe dokunulamaz”.

1961 Anayasasının 17. maddesi değerlendirildiğinde; birinci fıkrasında haberleşme özgürlüğünün güvence altına alındığı, ikinci fıkrasında ise bu özgürlüğün hangi hallerde ve hangi koşullarda sınırlanabileceğinin düzenlendiği görülmektedir. Düzenlemede dikkati çeken husus haberleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin kararın sadece hakim tarafından verilebilmesidir. Gecikmede sakınca bulunan hallerde yetkili merciin emriyle haberleşme özgürlüğüne sınırlama getirilmesine imkan tanınmamıştır. 1961 Anayasasının 15 ve 16. maddelerinde hakim kararı yanında kanunla yetkilendirilmiş makamın kararı ile kişinin üstünün, eşyasının ve konutunun aranabileceği ve eşyasına elkonulabileceği düzenlendiği halde; haberleşme hürriyeti ve gizliliğini düzenleyen 17. maddesinde bu hakkın sınırlandırılmasına karar verebilecek başkaca yetkili organ öngörülmemiştir.

Kanunla yetkilendirilmiş makamların Anayasanın temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin genel sınırlandırma sebeplerini düzenleyen 11. maddesine dayalı olarak bu hakka müdahale edebilmelerinin mümkün olup olmadığı konusunda ise bu Anayasanın yürürlükte olduğu dönemde iki farklı görüş bulunmaktaydı¹²⁷. Birinci görüş; Anayasanın 11. maddesine dayalı olarak Anayasadaki tüm hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması imkanı bulunduğunu ileri sürmekteydi¹²⁸. İkinci görüş ise; Anayasanın 11. maddesinin genel bir sınırlama hükmü getirmediğini ve Anayasada kademeli bir sınırlamanın

1961 Anayasasının temel hakların özü başlıklı 11. maddesinde yer alan düzenleme ilk haliyle şu şekildedir; “Temel hak ve hürriyetler, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak, ancak kanunla sınırlanabilir. Kanun kamu yararı, genel ahlâk, kamu düzeni sosyal adâlet ve millî güvenlik gibi sebeplerle de olsa bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamaz”.

Anayasanın 11. maddesi 20.9.1971 tarih ve 1488 sayılı Kanunla aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

“Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğünün, Cumhuriyetin, millî güvenliğinin, kamu düzeninin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı ile veya Anayasanın diğer maddelerinde gösterilen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak, ancak kanunla sınırlanabilir.

Kanun, temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunamaz.

Bu Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, insan hak ve hürriyetlerini veya Türk Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü veya dil, ırk, sınıf, din ve mezhep ayırımına dayanarak nitelikleri Anayasada belirtilen Cumhuriyeti ortadan kaldırmak kasdı ile kullanılamaz.

Bu hükümlere aykırı eylem ve davranışların cezası kanunda gösterilir”.

¹²⁸ Dönmezer, Sulhi, Düşünce ve Kanaat Hürriyetinin Sınırı, Hürriyetin Özüne Dokunan Sınırlamalar, İÜHFİM, Y. 1963, C.39, s.776-778.

söz konusu olduğunu ifade etmekteydi¹²⁹. Anayasa Mahkemesi kararlarında bu konuda istikrar bulunmamakla birlikte, kararlarının büyük çoğunluğunda Anayasanın 11. maddesinin genel sınırlama maddesi olduğuna açık veya üstü kapalı yer vermiştir¹³⁰. Nitekim Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasasının yürürlükte olduğu dönemde haberleşme hürriyeti ve gizliliğinin sınırlandırılması konusunda 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununun 3/a maddesi ile sıkıyönetim komutanına yetki verilmesini Anayasaya aykırı bulmamıştır. Anayasa Mahkemesi kararında; hürriyetlerin nasıl sınırlandırılacağını ve durdurulacağını düzenleyen Anayasanın 124. maddesi ile temel hak ve hürriyetlerin genel sınırlanma sebeplerini düzenleyen 11. maddesine dayalı olarak sıkıyönetim komutanının haberleşme hürriyetine ve gizliliğine müdahale edebileceğini ve bu hakka sınırlama getirebileceğini kabul etmiştir¹³¹. Anayasa Mahkemesi aynı dönemde Milli İstihbarat Teşkilatının bir görevlisi tarafından kişilerin haberleşmesinin gizlice kaydedilmesi hususunda vermiş olduğu bir kararında ise; kayıt yapılan ses bantlarının gelişen teknoloji karşısındaki durumunu dikkate alarak, ses bantlarının tek başına iddianın ispatına yeter nitelikte delil olmadığına işaret edip, ses bantlarının taklit, montaj ve tahrif edilmiş olabileceğini, bu nedenle delil olarak diğer delillerle desteklenmediği noktada yetersiz olacağına işaret etmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi gizli dinlemenin ve kayıt yapmanın haberleşme hürriyeti ve gizliliği karşısındaki durumu ve bu hususta hukuka aykırılık olup olmadığına ilişkin olarak karar vermemiştir¹³². 20.09.1971 tarih ve 1488 sayılı yasa ile Anayasanın 11. maddesinde yapılan değişiklik sonrasında ise; doktrinde bazı yazarlar Anayasanın 11. maddesinin artık genel sınırlama sebebi haline geldiğini kabul etmişlerdir¹³³. Bazı yazarlar ise; değişik gerekçelerle 11. maddenin değişiklik sonrasında da genel sınırlama sebebi haline gelmediğini ileri sürmüşlerdir¹³⁴.

¹²⁹ Soysal, Mümtaz, Anayasaya Giriş, Ankara, 1969, s.243.; Teziç, Erdoğan, 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, İstanbul 1972, s.109-110; Sağlam, Temel Hakların Sınırlanması, s.62-83; Tunaya, Tarık Zafer, Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku, İstanbul 1975, s.336-340.

¹³⁰ Bu konudaki Anayasa Mahkemesi kararları için bkz. Yüzbaşıoğlu, Anayasallık Bloku, s.211, dn. 10-12 arasındaki kararlar.

¹³¹ Ay. Mah. 15-16.02.1971 T., 1071/31 E., 1972/5 K. sayılı kararı, AMKD., S.10, Ankara 1973, s.155 vd.

¹³² Ay. Mah. 17-19.08.1971 T., 1971/41 E., 1971/67 K. sayılı kararı, AMKD., S.11, Ankara 1974, s.82 vd.

¹³³ Tunaya, Siyasi Müesseseler, s.344.

¹³⁴ Soysal, Anayasaya Giriş, 243; Sağlam, Temel Hakların Sınırlanması, s.92-110.

c. 1982 Anayasası

1982 Anayasasının “Temel Hak ve Ödevler” başlıklı ikinci kısmının, “Kişinin Hakları ve Ödevleri” başlıklı ikinci bölümünde, özel hayatın gizliliği ve korunması başlığı altında haberleşme hürriyeti düzenlenmiştir. 1961 Anayasasında olduğu gibi, 1982 Anayasasında da haberleşme özgürlüğü özel hayatın gizliliği kapsamında koruma altına alınmıştır. 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun”un 4. maddesine ile 1982 Anayasasının 22. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir¹³⁵;

“Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.

Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar. İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir”.

Görüldüğü üzere hükmün birinci fıkrasında haberleşme özgürlüğünün kural olduğu vurgulanmaktadır. İkinci fıkrada bu özgürlüğün sınırlandırılma koşulları ve usulleri düzenlenmekte, üçüncü fıkrada ise; bazı kamu kurum ve kuruluşlarına, haberleşme özgürlüğü bakımından farklı bir statünün verilebileceği, ancak bunun kanunla düzenlenmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Bu itibarla; kamu otoritesinin kişilerin haberleşme hürriyetine ilişkin müdahalelerinin belirtilen koşulların varlığı halinde ve belirli sınırlar dahilinde gerçekleşebileceği öngörülmüştür.

¹³⁵ 2001 Anayasa değişikliklerinde Anayasanın 22. madde başlığı Partilerarası Uzlaşma Komisyonu Tarafından “iletişim hürriyeti” olarak öngörülmüştü. Bu değişiklikle “iletişim” kavramının haberleşme ve gönderişmeyi de (telefon, telgraf, internet vs.) kapsayan bir kavram olarak kabul edilmesine dayanılmakta idi. Ancak bu başlık TBMM Genel Kurulunda kabul edilmemiştir. Bkz. Gözler, Kemal, 3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği, Anayasa Yargısı 19, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2002, s. 339.

1961 Anayasasının haberleşme hürriyeti ve gizliliğini düzenleyen 17. maddesinde bu hakkın sınırlanması hususunda hakimden başka bir organa yetki verilmemiş iken; 1982 Anayasasının özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı haklarında olduğu gibi haberleşme hürriyeti ve gizliliğini düzenleyen 22. maddesinde bu hakkın sınırlandırılmasında hakim kararı yanında gecikmede sakınca bulunan hallerde kanunun yetkili kıldığı organa da yetki verilmiştir.

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi gibi son derece hassas bir konuda öncelikle hakim kararının; gecikmede sakınca bulunan hallerde de savcının değil kanunla yetkili kılınan merciin yazılı emrinin aranması ihtiyaca cevap verir niteliktedir. Özellikle, suçla mücadeleyi hassas ve son derece ekonomik şartlarda gerçekleştiren istihbarat çalışmaları konusunda, savcının değil kanunla yetkili kılınacak bir merciin yetkili sayılması önemli bir düzenlemedir. 4709 sayılı yasa ile getirilen değişiklik hükmünde "istisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir" cümlesine yer verilmiş olması da bir istihbarat kanunu yapılmasının yolunun açılması bakımından önemlidir¹³⁶.

1982 Anayasasının sistematiğine baktığımızda bir hakkın sınırlandırılma koşullarının genellikle bu hakkın düzenlendiği maddede hükme bağlandığı görülmektedir. Örneğin özel hayatın gizliliği ilkesi Anayasanın 20. maddesinde düzenlenmekte ve aynı maddenin 2. fıkrasında ise bu hakkın hangi hallerde ve nasıl sınırlanacağı belirtilmektedir.

Bunun dışında temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının genel şartlarını düzenleyen Anayasanın 13. maddesine değinecek olursak; temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının ana çerçevesini çizen hükümde 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı yasa ile yapılan değişiklik öncesinde hükmün genel sınırlama yetkisi vermekte olduğu görülmektedir. Gerçekten değişiklik öncesi düzenlemede; "Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir." hükmü yer almaktaydı.

¹³⁶ Bkz. Öztürk, Bahri, 2001 Anayasa Değişikliklerinin Ceza Muhakemesine Etkileri, 16. Hukuk İhtisas Semineri, Terör, Örgütlü Suçla Mücadele ve İnsan Hakları, S.2-3, 18-21.04.2002, Çeşme/İzmir.

Değişiklik sonrasında ise; her hak için sınırlama sebebi, Anayasanın ilgili maddelerinde gösterilerek temel hak ve özgürlüklere ilişkin genel sınırlama sebepleri kaldırılmış oldu. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin olarak devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacıyla ilişkin genel sınırlama sebepleri kaldırılarak her hak için sınırlama sebebi ilgili Anayasa maddesinde gösterildi. Bu doğrultuda Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebebe bağlı sınırlama getirilebileceği belirtilerek sınırlamanın genel değil, yalnızca özel sebeplere dayanacağı vurgulanmış oldu. Burada sözü edilen yalnızca kelimesi de yapılan değişiklik ile getirilmiştir. Diğer yandan 1961 Anayasasının 11. maddesinde yer alan öze dokunma yasağı da 4709 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle Anayasada ifadesini bulmuştur¹³⁷. Bunun yanında Anayasanın 13. maddesine temel haklar ve hürriyetler “ancak kanunla sınırlandırılabilir” ifadesi getirilmiştir. Ayrıca temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlandırmanın demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine ve “ölçülülük ilkesine”¹³⁸ aykırı olamayacağı da hüküm altına alınmıştır. Soyut bir kavram olduğunu düşündüğümüz demokratik toplum düzeninin gerekleri deyimini 4709 sayılı yasayla getirilen değişiklikten önce “demokratik toplum gerekleri” biçiminde idi. Anayasa Mahkemesinin demokratik toplum düzeninin gereklerine ilişkin sürekli içtihatlarında; çağdaş, özgürlükçü demokrasi anlayışı yer almaktadır. Bu anlayış temel hak ve özgürlüklerin istisnai olarak ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırabileceği ilkesine dayanmaktadır¹³⁹. Anayasa Mahkemesinin bazı kararlarında bu kavrama hakkın özü anlamını verdiği, dolayısıyla bir temel hak ve özgürlüğün özüne dokunan sınırlamanın demokratik

¹³⁷ 1982 Anayasasının ilk halinde öz kavramı terkedilmiştir. Öze dokunma yasağının yerine “demokratik toplum düzeninin gerekleri” kavramı getirilmiş, bu tercihin sebebi olarak Anayasanın gerekçesinde daha belirgin olması ve uluslararası sözleşmelerde kullanılan kriter olması ileri sürülmüştür. Ancak Anayasa Mahkemesinin 20 yıllık süreçte kullandığı ve giderek açıklık kazanan öz kriterinin terk edilmesi doktrinde tatmin edici bulunmamıştır. Öze dokunma yasağının farklı bir nitelik taşıdığı ve temel haklar açısından dokunulmaz bir alan yarattığı üzerinde durularak olağanüstü hallerde öz güvencesinden yararlandırmamak adına bu tercihin yapıldığı belirtilmiştir. Bkz. Sağlam, Fazıl, 1982 Anayasasının Temel Hak ve Özgürlükler Bakımından Getirdiği Sorunlar, Bahri Savcı’ya Armağan, Ankara 1988, s.435, 436; Batur, Süheyl, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İstanbul 1993, s.194. vd.

¹³⁸ Özellikle temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ile ilgili yönüne bakarak bu ilke şöyle tanımlanabilir; Toplumda zorunlu olarak korunması gereken kimi kamusal menfaatler ileri sürülerek bir özgürlüğün yasakoyucu tarafından sınırlandırılması sürecinde öngörülen amaç ile temel hak ve özgürlüğe bu amaçla getirilen sınırlama arasında her yönüyle bir uyumun olması, aralarında makul bir dengenin kurulması ve özgürlüğün öngörülenden daha fazla sınırlandırılmamasıdır. Bkz. Hakyemez, Yusuf Şevki, Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Ölçülülük İlkesi, Hayri Domaniç’e Armağan, İstanbul 2001, s.1293.

¹³⁹ Aliefendioğlu, Yılmaz, Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, Ankara 1996, s.88.; Turhan, Mehmet, Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri, Anayasa Yargısı 8, Ankara 1991, s.418.

toplum gereklerine de aykırı olacağı sonucunu çıkarttığı görülmektedir¹⁴⁰. Diğer yandan 4709 sayılı yasayla yapılan değişiklikle laik cumhuriyetin gerekleri ve ölçülülük ilkesinin de maddeye eklenmesiyle temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında esas olan başlıca ilkeler Anayasada ifadesini bulmuştur¹⁴¹.

Sonuçta 1982 Anayasasında temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırını çizen Anayasanın 13. maddesi ile Haberleşme Hürriyetini düzenleyen Anayasanın 22. maddesi iletişimin denetlenmesi tedbirinin Anayasal dayanağı, sınırı ve şartlarını belirlenmekte ve haberleşme hürriyetinin güvencesini oluşturmaktadır.

2. Kanunlardaki Düzenlenişi

a. 01 Haziran 2005 Öncesi Yasal Düzenlemeler

aa. 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu

Hukumumuzda ilk kez telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbiri, 1999 yılında yürürlüğe giren 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanununun (ÇASÖMK) 2. maddesinde “iletişimin dinlenmesi ve tespiti” başlığı altında yasal bir düzenlemeye kavuşturulmuştur¹⁴². Bu düzenleme öncesinde doğrudan ve açıkça adli ve önleme amaçlı iletişimin denetlenmesine olanak tanıyan bir düzenleme mevzuatımızda yer almıyordu¹⁴³. 4422 sayılı yasa yürürlüğe girinceye kadar 1412 sayılı CMUK’nun arama ve

¹⁴⁰ Anayasa Mahkemesinin 26.11.1986 T., 1985/8 E. ve 1986/27 sayılı kararına göre; “... kişinin sahip olduğu dokunulmaz, devredilmez, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup tümüyle kullanılmaz hale getiren kısıtlamalar, demokratik toplum düzeni gerekleriyle uyum içinde sayılmaz”. Bkz. 14.08.1987 T. ve 19554 sayılı R.G.

¹⁴¹ Anayasa Mahkemesi Terörle Mücadele Kanununa bir ek madde getirerek terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlarda ‘teslim ol’ emrine itaat etmeyen teröristlere karşı kolluğun failleri etkisiz hale getirmek için “doğrudan ve duraksamadan” hedefe karşı silah kullanma yetkisi verilmesini açıkça olmasa da ölçülülük ilkesine aykırı bulmuştur. Anayasa Mahkemesi kararında şu saptamayı yapmıştır. “... Yasa ile ancak, zorunlu durumlarda silah kullanma yetkisi verilebilir. Silah kullanmaya yetki verilebilmesi için son fıkrada sayılan durumlarda yetkililerin silah kullanma dışında başka olanaklarının bulunmaması gerekir... kolluk kuvveti görevlilerinin hedefe karşı ateşli silah kullanmalarından söz edilmiş, böylece faillerin kullanmaya teşebbüs ettikleri silahın ateşli olup olmadığına bakılmaksızın ve başka türlü etkisiz hale getirilmeleri olanağı gözetilmeksizin küçük bir müdahale ile önlenilecek olaylarda dahi görevlilere ateşli silahlar kullanma yetkisi verilmiştir...”. Ay. Mah. 05.01.1999T., 1996/68 E. ve 1999/1 K sayılı kararı, AMKD., S.37/1, Ankara, 2002, s.180 vd.

¹⁴² Düzenlemeye göre; “bu kanunda öngörülen suçları işleme veya bunlara iştirak yahut işlendikten sonra faille her ne suretle olursa olsun yardım veya aracılık veya yataklık etme kuşkusuna altında bulunan kimselerin kullandıkları telefon, faks ve bilgisayar gibi kablolu, kablosuz veya elektromanyetik sistemlerle veya tek yönlü sistemlerle alınan veya iletilen sinyalleri, yazıları, resimleri, görüntü veya sesleri veya diğer nitelikteki bilgileri dinlenebilir veya tesbit edilebilir”.

¹⁴³ Ünver, Yener/Hakeri, Hakan, Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, TBBY, Ankara 2006, s. 188.

elkoymaya ilişkin hükümleri kıyas yoluyla uygulanarak iletişimin denetlenmesi tedbirine başvuruluyordu. Bu dönemde CMUK'nun 91 ve 92. maddeleri geniş yorumlanmak suretiyle iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanmasına dayanak oluşturulmaktaydı. CMUK'nun 91. maddesinde; “maznuna gönderilen mektuplar vesair mersule ve telgrafların posta ve telgrafhanede zaptının caiz olduğu” düzenlemesine yer verilmekteydi. Görüldüğü üzere düzenlemede açıkça iletişimin denetlenmesi tedbirine yer verilmemiştir. Bu dönemde 1412 sayılı CMUK'nun 91/2 hükmünde yer alan “vesair mersule” deyiminin genişletici yorumla telefonları da kapsayacak şekilde uygulanabileceği gerekçesine dayanılarak, iletişimin denetlenmesi tedbiri kanunda açıkça düzenlenmediği halde telefonların dinlenmesine karar verilmekteydi¹⁴⁴. Bu dönemde doktrinde de telefonla ve benzeri araçlarla gerçekleştirilen iletişimin denetlenmesinin postada elkoyma hükümlerine kıyasen mümkün ve zorunlu olduğu görüşü ileri sürülmüştür¹⁴⁵. Ancak bu düşünce birçok yazar tarafından eleştirilmiş, tedbirin temel hak ve özgürlüklere müdahale oluşturması ve müdahale koşulu olarak da yasal dayanağın bulunması zorunluluğu karşısında, CMUK'nda yer alan düzenlemelerin yetersiz olduğu belirtilerek, yasal düzenlemenin gerekliliğine işaret edilmiştir¹⁴⁶. Kanunun açıkça öngördüğü durumun mektup ve telgraf açısından mevcut olduğu halde, telefon ve diğer iletişim vasıtaları bakımından mevcut olmaması nedeniyle kıyas yada genişletici yorum yoluyla yapılan uygulamanın Anayasanın 22. maddesine aykırılık teşkil ettiği dikkati çekmektedir¹⁴⁷. Zira; temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması ancak bir kanunla ve koşullarının gösterilmesi ile mümkündür. Kısıtlamanın hakim kararıyla gerçekleştirilmesi sırf bu nedenle kısıtlamayı hukuka uygun hale getirmez. Diğer yandan; ceza muhakemesi hukukunda kıyas serbest olup, kıyası yasaklayan açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte iki istisnai durumda kıyas yasaktır¹⁴⁸. Bunlar; sınırlayıcı hükümlerde kıyas yasağı ile istisnai

¹⁴⁴ Gökçen, Elkoyma, s.179; Şen, Ersan, Türk Hukukunda Telefonların Gizlice Dinlenmesi Sebebiyle Gündeme Gelen Hukuka Aykırılık Sorunu ve Kişi Haklarına Keyfi Müdahaleler, Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999, s.732.

¹⁴⁵ Tosun, Türk Suç Muhakemesi, s.748, 749; Yurtcan, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul 1994, s.350; Yenisey, Hazırlık Soruşturması ve Polis (1987), no.244, 478; Şen, Ersan, Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Korunması, İstanbul 1996, s.151 vd.; Öztürk, Koğuşurma, s.116 vd.

¹⁴⁶ Erem, Ceza Yargılaması Hukuku, s.; Cihan, Erol, Ceza Muhakemesi Hukukunun Gayesi, İHFM'ndan ayrı bası, İstanbul 1962, s.5 vd.; Gökçen, Elkoyma, s.174.

¹⁴⁷ Kıyas; yasada öngörülen durumlara ilişkin düzenlemeleri, yasada öngörülmeyen, hakkında boşluk bulunan durumları da kapsayacak şekilde genişleterek uygulama işleminin adıdır. Buna karşılık kuralların yasanın kendisiyle mevcut olan iradeye ve değişen koşullara paralel biçimde anlamlandırılması amaçlanırsa genişletici yorum faaliyetinden söz edilir. Kuralın objektif anlamı ortaya konulmaya çalışıldığında, değişen koşullar dikkate alındığından kurallar genellikle sözcüklerine göre kapsadığından daha geniş bir alana uygulanır hale gelir. Bu durumda ise bir açıdan genişletici yorum, diğer açıdan ise kıyas yapılarak boşluk doldurmazdır. Bkz. Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s.52.

¹⁴⁸ Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s.51.

hükümlerde kıyas yasağıdır¹⁴⁹. Sınırlayıcı kurallar hak ve özgürlüklere sınırlama getiren kurallardır. Hukukun yasak getirmediği, sınırlamadığı alanlara kıyas yoluyla yasak getirmek mümkün değildir. Bu nedenle pek çok temel hak ve hürriyete müdahale anlamına gelen telefon, teleks gibi araçlarla yapılan görüşmelerin denetlenmesine ilişkin tehlike tedbirinin postada elkoyma hükümlerine kıyasla uygulanabileceği görüşüne dayalı uygulama yapılması isabetli değildir. Soruşturma ve koğuşturma makamlarının bu önemli tehlike tedbirine başvuramamanın ortaya çıkarabileceği zafiyeti de dikkate alarak “sair mersule” kavramına kanunların eksikliklerinden ve yeni ihtiyaçlara cevap vermeyişinden kaynaklanan zorunluluktan dolayı başvurdukları anlaşılmaktadır.

AİHM de telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinin hukuka uygunluğu konusunda öncelikle iç hukukta yasal bir düzenleme bulunmasını ve bu yasal düzenlemenin koşullarına uyulmasını aramaktadır. AİHS’nin iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin düzenleme getiren 8. maddesi kapsamında, ilerleyen bölümlerde ayrıntılı açıklanacağı üzere, AİHM’nin iç hukuktaki düzenlemeye ilişkin aradığı başlıca kriterler; normun açıklığı, öngörülebilirliği ve ulaşılabilir olmasıdır. Bu itibarla; 1412 sayılı CMUK’nun yürürlükte bulunduğu dönemde iletişimin denetlenmesi tedbiri konusunda iç hukukta dayanak yapılan düzenleme ve uygulama AİHM’nin kriterlerine de uygun değildi¹⁵⁰. Nitekim AİHM Türkiye’ye karşı Ağaoğlu kararında 1412 sayılı CMUK’nun 91 ve 92. maddelerine dayalı olarak gerçekleştirilen iletişimin dinlenmesi tedbirine ilişkin olarak; bu hükümlerden iletişimin denetlenmesi yetkisinin anlaşılmaması, tedbirin dayanağı olarak gösterilen hükümlerin açık olmaması, normun açıklığı ve bu bağlamda öngörülebilirlik şartının yerine getirilmemesi gerekçesi ile sözleşmenin ihlal edildiğine karar vermiştir¹⁵¹.

¹⁴⁹ Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi, s.67; Şahin, Ceza Muhakemesi, s.43

¹⁵⁰ 1412 sayılı yasanın yürürlükte olduğu dönemde Türk hukukunda da Alman Hukukunda olduğu gibi bilgi toplama yöntemleri ve bu yöntemlerin sınırlarının kanunda tek tek belirtilerek açıkça düzenlenmediği, bu konunun Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu içinde, başka türlü gerçeği araştırma olanağının bulunmadığı hallerde ve maddede belirtilecek suçlarda, dinleme süresini de ihtiva edecek olan bir hakim kararıyla dinleme yapılmasına ihtiyaç veren bir şekilde düzenlenmesine ihtiyaç olduğu; aksi taktirde Türkiye’nin yasal zemini olmadan dinleme yapıldığı, özel hayata tecavüz edildiği ve dolayısıyla AİHS’nin özel hayatı koruma altına alan 8. maddesine aykırı davranıldığı gerekçesi ile AİHM tarafından mahkum edilebileceği belirtilerek mevcut düzenlemenin yetersizliği üzerinde durulmuştur. Bkz. Zafer, Ceza Hukukunda Terörizm, s.210.

¹⁵¹ AİHM’nin 06.12.2005 tarih, 27310/95 sayılı Ağaoğlu/Türkiye kararı için bkz. Dinç, Güney, Sorularla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, TBB, Ankara 2006, s.430.

bb. 4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu

4422 sayılı kanunda iletişimin dinlenmesi veya tespiti (m.2), gizli izleme (m.3), kayıt ve verilerin incelenmesi (m.4), gizli görevli kullanılması (m.5) tedbirlerine yer verilerek organize suçlulukla mücadelede özel koruma tedbirleri düzenlenmiştir. Bunlardan başka Kanunun 6. maddesinde hak ve alacaklara ilişkin tedbirler, 7. maddesinde tanığın ve görevlilerin korunması, 9. maddesinde ise yurt dışına çıkma yasağı öngörülmektedir.

4422 sayılı kanun, hakkında iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilecek suçlar bakımından asgari bir cezalandırılabilirlik sınırı öngörmediği gibi, söz konusu suçları katalog içerisinde tek tek belirleme yoluna da gitmemiştir. Sadece kanunda tanımı yapılan suç örgütü tarafından gerçekleştirilmiş suçlar bakımından iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanabileceği öngörülmüştür.

Çıkar Amaçlı suç örgütünün tanımı ise 4422 sayılı yasanın birinci maddesinin birinci fıkrasında yapılmıştır. Birinci fıkra metni ilk haliyle şu şekildedir¹⁵²;

“Doğrudan veya dolaylı bir biçimde bir kurumun, kuruluşun veya teşebbüsün yönetim ve denetimini ele geçirmek, kamu hizmetlerinde, basın ve yayın kuruluşları üzerinde, ihale, imtiyaz ve ruhsat işlemlerinde nüfuz ve denetim elde etmek, ekonomik faaliyetlerde kartel ve tröst yaratmak, madde ve eşyanın azalmasını ve darlığını, fiyatların düşmesini ve artmasını temin etmek, kendilerine veya başkalarına haksız çıkar sağlamak, seçimlerde oy elde etmek veya seçimleri engellemek maksadıyla zor veya tehdit uygulamak veya kişileri kendilerine tabi kılmaya zorlamak veya mensupları arasında her ne surette olursa olsun açık veya gizli işbirliği yapmak suretiyle yıldırma veya korkutma veya sindirme gücünü kullanarak suç işlemek için örgüt kuranlara veya örgütü yönetenlere veya örgüt adına faaliyette bulunanlara veya bilerek hizmet yüklenenlere sadece bu nedenle üç yıldan altı yıla kadar, örgüte üye olanlara iki yıldan dört yıla kadar ağır hapis cezası verilir”¹⁵³.

¹⁵² Bkz. 01.08.1999 T. ve 23773 sayılı R.G.

¹⁵³ 4422 sayılı yasada 14.11.2001 tarih, 4719 sayılı Kanunun 3. maddesiyle yapılan değişiklikte; “zor veya tehdit” ibaresi, “tehdit, baskı, cebir veya şiddet” şeklinde değiştirilmiş; “veya kişileri kendilerine tabi kılmaya zorlamak veya mensupları arasında her ne surette olursa olsun açık veya gizli işbirliği yapmak” ifadesi ise madde metninden çıkarılmıştır.

Madde metninden de anlaşılacağı üzere kanun, çıkar amaçlı suç örgütü kurmak, bu örgütü yönetmek, bu örgüt adına faaliyette bulunmak ve bu örgüte üye olmadan hizmet yüklenmek ve üye olmak eylemlerini cezalandırmıştır.

Çıkar amaçlı suç örgütü esasen organize suç türleri içerisinde yer alır. Çıkar amaçlı örgütü diğer organize olmuş örgütlerden ayıran ana özelliği ise amacdır. Organize suç örgütü genel olarak; birden fazla kişinin, hiyerarşik düzende, disiplinli, sürekli, kamu düzenini bozduğu varsayılan, aynı amaca yönelik suçları işlemek için oluşturdukları örgütlenmedir¹⁵⁴. Mensupları arasında açık ve gizli işbirliği yapmak, kişileri kendisine tabi olmaya zorlamak ve bunlardan meydana gelen yıldırma, korkutma, sindirme gücünü kullanmak çıkar amaçlı suç örgütlerinin kuruluşu bakımından temel amaçtır. Çıkar amaçlı suç örgütünün oluşabilmesi bakımından belirli kişilerin, maddede belirtilen amaçlara ulaşmak için maddede belirtilen araçlarla, birden çok suçu işlemek için fiilen birleşmeleri gereklidir. İşte bu “suç işlemek için birleşmek” amacı çıkar amaçlı suç örgütlerinin temel özelliği olarak belirlenmiştir. İştirak halinde belirli bir tek suçu işleyerek haksız menfaat sağlama halinde, çıkar amaçlı örgüt oluşmaz. Kanunun metninde belirtilen amaçlar ve icra hareketleri çıkar amaçlı örgütü diğer örgütlerden ayırmayı sağlayan ve özelliğini veren unsurlardır. Maddede belirtilen amaçlarla çeşitli suçların işlenmesi yolundaki saik, kast, karar, hatta plan örgütün temel özelliğini oluşturmaktadır¹⁵⁵. Örgütün öncelikli hedefi ülkenin yönetilmesi ile ilgili olduğunda, yani amacı siyasi saik içerdiğinde terör örgütü halini almaktadır¹⁵⁶. Siyasi olmayan suç ile siyasi suç arasındaki fark da failin saikinde yatmaktadır. Siyasi olmayan fail fiili ile şahsi olarak belirlediği ihtiyaçlarını tatmin etmeyi amaçlamakta; buna karşılık siyasi fail eylemini kendisini aşan siyasi, ahlaki değerlere ulaşmada bir vasıta olarak kullanmaktadır¹⁵⁷. Siyasi

¹⁵⁴ Özek, Çetin, Organize Suç, Kunter Armağanı, İstanbul 1988, s. 195.

¹⁵⁵ Ünver, M. Naci, Uygulamada Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ve Cürüm İçin Teşekkül Oluşturmak, İstanbul 2001, s.23.

¹⁵⁶ Özgenç, İzzet, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Ankara 2002, s.279; Fransızca kökenli bir kelime olan terör kelimesi “ürkü, dehşet”, terörizm kelimesi ise “yıldırma yöntemi, siyasi mücadelede kanundışı ve acımasız biçimde şiddet içeren vasıtalarla başvurma” anlamına gelmektedir. Öktem, Emre, Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları, İstanbul 2007, s.13; Doktrinde terörizmin; toplumun mevcut düzenine karşı olup, bunu kısmen veya tamamen değiştirerek, savunulan herhangi başka bir görüşe uygun düzeni kurmak isteyen, bu isteklerle kişilerde korku, panik ve ümitsizlik duyguları oluşturarak devlete ve sağladığı düzene olan güveni sarsmayı, böylece sosyal düzeni bozmayı, giderek toplumun tüm tepki gösterici güçlerini felce uğratmayı amaçlayan; bunun için sağladığı amacı niteliği gereği “siyasi şiddet” olarak kabul edilen şiddet ve cebri, her derecesinde, canlı ve cansız her şeye karşı şiddet ve tehdit şeklinde de kullanan kişi ve toplulukların eylemlerine karşılık geldiği ifade edilmektedir. Bkz. Yenidünya, Caner/ Değirmenci, Olgun, Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukunda Terörün Finansmanı Suçu, Sulhi Dönmezer Armağanı, C.II, Ankara 2008, s.1265; Terör örgütlerinin eylemlerinin ortak unsurları ise; 1-Kişilere karşı şiddet veya şiddete dair güncel tehdit (olayla ilgisi olmayanlara da zarar verilmesi veya tehlikeye maruz bırakılması amaçlanır), 2-Siyasi saik, 3-Eylemde süreklilik, 4-Toplumu korkutma, sindirme ve yıldırmadır. Bkz. Zafer, Ceza Hukukunda Terörizm, s.56.

¹⁵⁷ Zafer, Ceza Hukukunda Terörizm, s.101.

saik, devletin dış siyasi düzenine yani varlığına, egemenliğine, toprak bütünlüğüne, başka devletlerle olan ilişkilerine karşı olabileceği gibi, iç siyasi düzenine yani siyasi rejimine, anayasal düzenine karşı da olabilir¹⁵⁸. Bu husus 4422 sayılı ÇASÖMK genel gerekçesinde şöyle ifade edilmiştir: “İcralarında çok kere terör suçlarında olduğu gibi şiddet yani zor, tehdit, korkutma ve yıldırma yolu tutulan örgütlü suçlar özellikle manevi unsur ve yönelinmiş hedef, amaç itibarıyla terör suçlarından ayrılmaktadır. Gerçekten (çıkar amaçlı) örgütlü suçlarda hedef terörde olduğu gibi yakın amaç olarak kamu düzenini ağır biçimde ihlal ile asıl amaçlara ulaşma yolunu açmaktan ibaret bulunmayıp, haksız menfaat, çıkar elde etmektir...”.

Terör örgütünün ayakta kalabilmesi için gerekli finansmanı sağlamak üzere mali saik içeren faaliyetleri olsa bile, bir terör örgütünün asıl hedefi ülkenin yönetilmesi ile ilgilidir. Yani siyasi saik hep birinci plandadır. Aynı şekilde mafya tipi bir örgütün rahat çalışabilmesi veya yaşayabilmesi için kamu otoritelerinin himayesi önemli olduğundan gerek seçim, gerekse atama yoluyla işbaşına gelen yüksek dereceli kamu görevlilerinin bu makama gelmesi için faaliyette bulunabilir, bir kısım kamu görevlisini iğfal ederek bu kanunsuzlukların içine alıp suç ortakları haline getirebilir, siyaseti bile yönlendirmeye kalkışabilirler. Diğer yandan çıkar amaçlı suç örgütlerinin en belirgin özelliklerinden biri de bir işletme ekonomisi mantığı içinde çalışacak bir yapılanmaya sahip olmasıdır. Suç işlemek suretiyle en büyük fayda sağlanacak, fiilin ortaya çıkması engellenecek, suç kamufle edilerek kazanç yasal işletmeler içinde yeniden finanse edilecek, politika ve ekonomi üzerindeki etki artarak devam edecek, bu yapılanma içine devlet ve topluma ait kurumlar da dahil edilerek sistemi tehdit eden bir güç haline gelinecektir. Bu faaliyetler hep daha fazla para kazanmak veya ekonomik avantaj elde etmek için yapılacağından birinci hedef mali saik olarak kalmaktadır¹⁵⁹.

1999 yılında yürürlüğe giren 4422 sayılı Organize Suçlulukla Mücadele Kanununun özellikle birinci maddesinin tatbikatında ciddi sıkıntılar yaşanmıştır. Bunun sebepleri, kanunun birinci maddesinde yer alan sözünü ettiğimiz düzenlemenin karmaşıklığı yanında, 4422 sayılı kanunda yer alıp da; CMUK’nda yer almayan bazı delil elde etme yöntemlerinin kullanılması arzusu olmuştur. Her ne kadar kanunun 1. maddesinde organize suç tüm yapısal unsurları ile tanımlanmak istenmiş ise de; suçun zorunlu unsurları ile zorunlu olmayan unsurlarının tespit edilememesinden kaynaklı belirsizlik sebebiyle bu tanım eleştirilere

¹⁵⁸ Zafer, Hamide, Siyasi Suç, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ’a Armağan, İstanbul 1997, s.540.

¹⁵⁹ Sözüer, Adem, Organize Suçlulukla Mücadele Kavramı ve Batı Ülkelerinde Bu Suçlulukla Mücadele İle İlgili Gelişmeler, Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.9, S.1-3, İstanbul 1996, s.255 vd.; Aynı yönde; Yenisey, Feridun, Organize Suçlulukla Mücadelede Özel Ceza Muhakemesi Hukuku Tedbirleri, Hukuk Kurultayı 2000, Ankara 2000, s.113.

uğramıştır¹⁶⁰. Zaman içinde birçok suç 4422 sayılı yasa kapsamına girmediği halde çıkar amaçlı örgüt suçu kapsamında değerlendirilerek; 4422 sayılı kanunda yer alan iletişimin dinlenmesi, tespiti, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik izleme gibi delil elde etme yöntemlerinden yararlanılmaya çalışılmıştır¹⁶¹. Kanunun eleştirilen diğer bir yönü ise; yürürlüğe girdiği dönem itibarıyla organize suçlulukla mücadelede, bu kanunda yer alan suçların teşhisi ve takibi konusundaki araştırmaları yapabilecek uzman kolluk birimlerinin kurulması, Cumhuriyet savcılığı bünyesinde özel uzman büroların oluşturulması ve bu suçların yargılanmasının uzman mahkemelere bırakılması konusundaki hükümlerin yetersizliği olmuştur¹⁶². Diğer yandan; 4422 sayılı ÇASÖMK'nun 4. maddesi ile kamusal iktidara tanınan bireye ait her türlü resmi ve özel kayıtlarıyla bilgisayar verilerinin incelenbilmesi yetkisi karşısında, bireyin özgürlüğünü koruyucu ve kamusal iktidarın bu yetkisinin kötüye kullanmasını önleyici güvenceler de yeterince getirilmiş değildir. Gerçekten 4422 sayılı ÇASÖMK'nun 4. maddesine göre; birey ÇASÖMK'nda öngörülen suçların işleniş biçimlerine benzer tutum ve davranışlarda bulunuyorsa, ait olduğu özel yaşam alanının ve ilişkisinin türü ile nerede bulunduğu önemli olmaksızın, kişisel nitelikli verilerini içeren resmi veya özel her türlü kayıt ve bilgisayar verileri kamusal organlar tarafından incelenebilecektir. Bireye ilişkin kişisel nitelikteki kayıt ve verilerin incelenmesine karar alınması ve bu kararın uygulanması ise; yasanın 8. maddesinin yollamasıyla 2. maddesinde düzenlenen “iletişimin dinlenmesi ve tespiti” tedbirine karar alınması ve uygulanması prosedürüne tabi tutulmuştur. 4422 sayılı yasanın 4. maddesinde yer alan; kanunda öngörülen suçların veya delillerin ortaya çıkarılması için, suçların işleniş biçimlerine benzer tutum ve davranışlarda bulunma kavramı oldukça soyut ve nispi bir kavramdı. Düzenleme kişisel nitelikli verileri incelenmek suretiyle tedbire maruz kalabilecek kişi kavramının geniş yorumlanmasına yol açabilecek nitelikteydi. Bu nedenle de gerek Anayasamızda (Ay. m.38/4) gerekse uluslararası belgelerde (İHEB m.11; AİHS m.6/2; Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme m.14/2) güvence altına alınan masumiyet karinesine aykırılık oluşturacağı ve önemli sorunlar doğurabileceği ifade edilmekteydi¹⁶³.

4422 sayılı yasanın 2. maddesinde iletişimin dinlenmesi ve tespiti başlığı altında yer alan iletişimin denetlenmesine ilişkin hükmü, diğer hükümlerden özellikle kılan sonradan gelen gizli izleme, kayıt ve verilerin incelenmesi, gizli görevli kullanılması, hak ve alacaklara

¹⁶⁰ Sözüer, Adem, Organize Suçlulukla Mücadele, s.256, 257.

¹⁶¹ Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi, s.830.

¹⁶² Yenisey, Organize Suçlulukla Mücadele, 113.

¹⁶³ Donay, Sanığın Hakları, s.112 vd.; Şimşek, Kayıt ve Verilerin İncelenmesi, s.100, 101.

ilişkin tedbirler, tanığın ve görevlilerin korunması hususundaki bütün işlemlerin 2. maddenin tespit ettiği usul ve esaslara göre gerçekleştirilebilmesidir (m.8).

4422 sayılı yasanın 2/1 maddesine göre; “Bu kanunda öngörülen suçları işleme veya bunlara iştirak yahut işlendikten sonra faille her ne suretle olursa olsun yardım veya aracılık veya yataklık etme kuşkusu altında bulunan kimselerin kullandıkları telefon, faks ve bilgisayar gibi kablolu, kablosuz veya diğer elektromanyetik sistemlerle veya tek yönlü sistemlerle alınan veya iletilen sinyalleri, yazıları, resimleri, görüntü veya sesleri ve diğer nitelikteki bilgileri dinlenebilir veya tespit edilebilir. Tespit edilenler mühürlenerek yetkililerce zapta bağlanır”. Düzenlemede kişilerin sahip oldukları iletişim araçlarının denetlenmesine ilişkin olarak bireylerin “kullandıkları” kelimesine yer verilerek kişilerin kullandıkları, çeşidi ne olursa olsun tüm iletişim araçlarının yurt içi ve yurt dışında yapıldıklarına da bağlı olmaksızın denetlenmesi mümkün kılınmıştır.

4422 sayılı yasa ile iletişimin denetlenmesine ilişkin getirilen düzenlemelerde dikkati çeken hususlardan biri de adli ve önleme amaçlı telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbiri ayırımına yer verilmemesidir. Kanun sadece çıkar amaçlı suç örgütleriyle mücadele amacıyla çıkarıldığından tedbirin diğer suçların takibi ve önlenmesi amaçlı uygulama alanı oldukça sınırlı kalmıştır¹⁶⁴. Bu itibarla yürürlükte olduğu dönemde 4422 sayılı yasanın 2. maddesine dayalı olarak önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin verilen kararlarda sınırlayıcı hükümlerde kıyas yoluna gidildiği ve bu uygulamanın hukuka aykırılık teşkil ettiği söylenebilir.

İletişimin denetlenmesi tedbirinin 4422 sayılı yasada öngörülen suçlar bakımından düzenlenmesinden sonra, bu yasada öngörülmeyen suçlarda 1412 sayılı CMUK’nun elkoymaya ilişkin hükümlerinin kıyasen uygulanması olanağının kalmadığı sonucu ortaya çıkmıştır. 4422 sayılı yasanın belli suçlarla ilgili olduğu, buna karşılık diğer suçlar bakımından genel mevzuat hükümlerine dayalı olarak tedbire başvurulabileceğine ilişkin görüşlerin geçerliliğini koruduğu yönünde yorumlar yapılması ve buna dayanarak tedbir kararı verilmesi eğiliminin hiçbir dayanağı kalmadığının, 4422 sayılı yasadaki düzenleme

¹⁶⁴ Araştırma ve tedbirlere ilişkin hükümlerin uygulanacağı haller başlıklı 16. madde ile; ”Bu Kanunun 2 ila 10 uncu maddeleri, Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlarla, 21/07/1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, 10/07/1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun ve Türk Ceza Kanununun 403, 404 ve 406. maddelerinde yer alan suçlar teşekkül halinde işlendiğinde de uygulanır.” hükmüne yer verilerek, 4422 sayılı yasanın hangi kanunlarda düzenlenen suçların aydınlatılmasında kullanılacağına açıklık getirilmiştir.

yürürlüğe girdikten sonra genel mevzuattan kaynaklanan bir yetki kullanımının her halükarda mesnetsiz kaldığının kabulü gerekmiştir. Zira; açık ve öngörülebilir bir düzenleme olmamasından kaynaklanan bir gerekçe ile genel mevzuatın geniş yorumuna dayalı olarak kabul edilmiş bir müdahalenin 4422 sayılı yasanın yürürlüğe girdiği dönemde savunulacak hiçbir yanı kalmamıştır¹⁶⁵.

cc. 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu

2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununa 16.06.1985 tarih ve 3233 sayılı yasanın 7. maddesi ile eklenen ek 7. maddede; “Polis, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğine dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak, emniyet ve asayiş sağlamak üzere ülke seviyesinde istihbarat faaliyetinde bulunur, bu amaçla bilgi toplar, değerlendirir, yetkili mercilere veya kullanma alanına ulaştırır. Devletin diğer istihbarat kuruluşlarıyla işbirliği yapar.” hükmüne yer verilmiştir. Polisin ileride işlenecek suçların önlenmesi amacıyla bilgi toplama görevine “istihbarat toplama” adı verilir. Belirttiğimiz düzenleme ile bu görevin yasal dayanağı ortaya konmuştur. Polisin ileride suç işlenmesini önleme amacıyla bilgi toplayabilmesi için belli olayların ortaya çıkmış olması ve bu olaylara dayanan şüphenin belli kişiler üzerinde yoğunlaşması şarttır¹⁶⁶.

1934 yılında yürürlüğe giren PVSK’nun günün şartlarına uygun olmadığı, Avrupa’da polise suçu önleme, işlenebilecek suçları tespit etme ve işlenmiş suçları ortaya çıkarmada demokratik bir toplumun kabul edebileceği hak ve yetkilerin verildiği; hukuk sistemimizde de polisin araştırma, istihbarat toplama fonksiyonunu yerine getirirken belirli bir takdir yetkisinden yararlanması ve bu yetkinin hukuka uygun bir şekilde kullanılmasını sağlayacak özel bir düzenlemenin yapılmasının zorunlu olduğu ileri sürülmektedir¹⁶⁷.

2559 sayılı yasanın ek 7. maddesinde yer alan düzenleme sadece önleyici kolluk faaliyetleri için dayanak teşkil edebilmekteydi. Verilen yetki sadece istihbarat faaliyetinde bulunma yetkisiydi¹⁶⁸. Bu hükmün iletişimin denetlenmesine olanak tanıyan bir yetki normu

¹⁶⁵ Bkz. Ersoy, Yüksel, Özel Telefon İşletmelerinin Dinleme ve Bilgi Verme Sorunları, Çetin Özek’e Armağan, İstanbul 2004, s.321; Centel, Nur/Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2003, s.269.

¹⁶⁶ Yenisey, Hazırlık Soruşturması ve Polis (1996), s.122.

¹⁶⁷ Bu konudaki öneriler için bkz. Dönmezer, Sulhi/Yenisey, Feridun, Ceza Adalet Sisteminin Etkinliği 1998, İstanbul 2000, s.221.

¹⁶⁸ Bu dönemde mevzuatta özel düzenleme bulunmadığı için önleyici kolluk faaliyeti çerçevesinde iletişimin denetlenmesi pozitif hukukumuzda aykırı görülmüş, şartları gerçekleştiğinde kullanılması gereken bir yetki olarak

olarak ele alınması mümkün değildi¹⁶⁹. Uygulamada 4422 sayılı ÇASÖMK kapsamında istihbarat amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmaya çalışılmakta, ancak 4422 sayılı yasanın 2. maddesinde sadece çıkar amaçlı örgüt suçları bakımından adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması imkanı tanınmaktaydı. Bu sebeple 4422 sayılı yasanın yürürlükte olduğu dönemde yasal dayanağı bulunmayan önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması hukuka aykırılık teşkil etmekteydi¹⁷⁰.

5397 sayılı yasayla yapılan değişiklik öncesinde; PVSK'nun ek 7. maddesinde yer alan istihbarat toplama yetkisinin belirlilik, açıklık ve keyfiliği önleyici mekanizmalar içermesi ilkeleri bakımından AİHS ve AİHM içtihatları karşısında uygun bir düzenleme olmadığı ifade edilmekteydi¹⁷¹. 1982 Anayasasında 4709 sayılı yasa ile yapılan değişiklikler ve 4422 sayılı yasanın 5320 sayılı yasanın 18. maddesi ile yürürlükten kaldırılması neticesinde önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi konusunda var olan yasal boşluğun doldurulması amacıyla PVSK'nun ek 7. maddesine önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin düzenleme eklenmiştir¹⁷².

değerlendirilmiş, ayrıca hangi hallerde bu şartların gerçekleşeceğinin de yasalarda açıkça gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir. Diğer yandan CMUK'nun 91. maddesinde suç işlendikten sonra yapılan araştırmalarda postada elkoymanın düzenlenmiş olmasına karşılık, bilgi edinme faaliyeti sırasında bu tür bir yetkinin tanınmamış olmasından hareketle, “düzenlenmeyen alanda yetki de olmaz” gerekçesiyle kolluğun bilgi edinme yetkisi kapsamında haberleşmenin denetlenmesinin de kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir. Bkz. Yenisey, Feridun, Hazırlık Soruşturması ve Polis (1996), s.122, 124.

¹⁶⁹ Ersoy, Dinleme ve Bilgi Verme, s.331; Erdem, Gizli Soruşturma Tedbirleri, s.190

¹⁷⁰ Şen, Ersan, Türk Hukukunda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, Ankara 2008, s.32.

¹⁷¹ Eryılmaz, Mesut Bedri, Polis İstihbarat, www.dcaf.ch/_docs/turkey_almanacTR2005/file15.pdf. (E.T. 07.09.2007)

¹⁷² Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin düzenleme getiren 03.07.2005 tarih ve 5397 sayılı kanunun 1. maddesine göre;

“4.7.1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun ek 7 nci maddesine aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

Birinci fıkrada belirtilen görevlerin yerine getirilmesine yönelik olarak, 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun, casusluk suçları hariç, 250 nci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Emniyet Genel Müdürü veya İstihbarat Dairesi Başkanının yazılı emriyle, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir, yirmidört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir derhal kaldırılır. Bu halde dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir.

Yetkili ve görevli hâkim, talepte bulunan kolluk biriminin bulunduğu yer itibarıyla yetkili olan ve 5271 sayılı Kanunun 250 nci maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemesinin üyesidir. Kararda ve yazılı emirde, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, kullandığı telefon numaraları veya iletişim bağlantısını tesbite imkân veren kodundan belirlenebilenler ile tedbirin türü, kapsamı ve süresi ile tedbire başvurulmasını gerektiren nedenler belirtilir. Kararlar, en fazla üç ay için verilebilir; bu süre aynı usulle üçer ayı geçmeyecek şekilde en fazla üç defa uzatılabilir. Ancak, terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde devam eden tehlikelere ilişkin olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim üç aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir.

dd. 2803 Sayılı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu

5397 sayılı yasanın yürürlüğe girmesinden önceki dönemde jandarmanın istihbarat toplama görev ve yetkisi tartışmalıydı. 10.03.1983 tarih ve 2803 sayılı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanununun¹⁷³ 7. maddesinde jandarmanın görevleri sayılmıştır. Bu görevler arasında jandarmanın suç işlenmesini önlemek için gerekli tedbirleri almak ve uygulamak görevine de yer verilmiştir. Ayrıca 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun 25. maddesinde; “Polis teşkilatı bulunmayan yerlerde il, ilçe ve bucak jandarma komutanları ile jandarma karakol komutanları bu kanunda yazılı vazifeleri yapar ve yetkileri kullanırlar” hükmü yer almaktadır. Bu doğrultuda 2559 sayılı yasanın ek 7. maddesi ile polise verilen istihbarat toplama görev ve yetkisinin bu kanunun 25. maddesinde yer alan atıf gereğince jandarma tarafından da kullanılabileceği kabul edilmekte ve bu yönde uygulama yapılmaktaydı.

2803 sayılı JTGYK’nun 7/a maddesinde jandarmanın mülki görevleri arasında; emniyet ve asayiş ile kamu düzenini sağlamak, korumak ve kollamak, kaçakçılığı men, takip ve tahkik etmek, suç işlenmesini önlemek için gerekli tedbirleri almak ve uygulamak, ceza infaz kurumları ve tutukevlerinin dış korumasını yapmak görevlerine yer verilmiştir. Jandarmanın bu idari görevlerini yerine getirebilmesi için de önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurma gerekliliği ortaya çıkmıştır. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi konusunda var olan yasal boşluğun doldurulması amacıyla 03.07.2005

Uygulanan tedbirin sona ermesi halinde, dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir. Durum bir tutanakla tesbit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir.

İstihbarat faaliyetlerinde, bu maddede belirtilen suçların önlenmesi amacıyla ve hâkim kararı alınmak koşuluyla, teknik araçlarla izleme yapılabilir. Ayrıca, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu hizmeti veren kuruluşların ihtiyaç duyulan bilgi ve belgelerinden yararlanabilmek için gerekçesini de göstermek suretiyle yazılı talepte bulunulabilir. Bu kurum ve kuruluşların kanuni sebeplerle veya ticari sır gerekçesiyle bu bilgi ve belgeleri vermemeleri halinde ancak hâkim kararı ile bu bilgi ve belgelerden yararlanılabilir.

Bu madde hükümlerine göre yürütülen faaliyetler çerçevesinde elde edilen kayıtlar, birinci fıkrada belirtilen amaçlar dışında kullanılamaz. Elde edilen bilgi ve kayıtların saklanması ve korunmasında gizlilik ilkesi geçerlidir. Bu fıkra hükümlerine aykırı hareket edenler hakkında, görev sırasında veya görevden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılır.

Hâkim kararları ve yazılı emirler, Emniyet Genel Müdürlüğü İstihbarat Dairesi Başkanlığı görevlilerince yerine getirilir. İşlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanır.

.... Bu maddede belirlenen usûl ve esaslara aykırı dinlemeler hukuken geçerli sayılmaz ve bu şekilde dinleme yapanlar hakkında 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre işlem yapılır.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin esas ve usûller Adalet, İçişleri ve Ulaştırma bakanlıklarının görüşü alınarak Başbakanlık tarafından üç ay içinde çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir”.

¹⁷³ Bkz. 12.03.1983 tarih ve 17985 sayılı R.G.

tarif ve 5397 sayılı yasanın ek 2. maddesiyle JTGYK'na eklenen ek 5. madde ile jandarmaya açıkça önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurma imkanı tanınmıştır¹⁷⁴.

ee. 2937 Sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu

2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanununun 4. maddesinde Milli İstihbarat Teşkilatının görevleri sayılmıştır. Bu görevler arasında istihbarat toplama ve ilgili birimlere iletme görevleri yer almaktadır¹⁷⁵. Ancak telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi konusunda 5397 sayılı yasanın yürürlüğe girmesine kadar Milli İstihbarat Teşkilatı'nın iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurmaya ilişkin olarak

¹⁷⁴ 10.03.1983 tarih ve 2803 sayılı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanununa 5397 sayılı yasanın 2. maddesi ile eklenen ek 5. madde şu şekildedir; "Bu Kanunun 7 nci maddesinin (a) bendine ilişkin görevleri yerine getirirken önleyici ve koruyucu tedbirleri almak üzere, sadece kendi sorumluluk alanında 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun, casusluk suçları hariç, 250 nci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Jandarma Genel Komutanı veya istihbarat başkanının yazılı emriyle, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimi tespit edebilir, dinleyebilir, sinyal bilgilerini değerlendirebilir, kayda alabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir, yirmidört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir derhal kaldırılır. Bu halde dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir. Bu işlemler, 4.7.1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun ek 7 nci maddesinin onuncu fıkrası hükmüne göre kurulan merkez tarafından yürütülür. 5271 sayılı Kanunun 135 inci maddesi kapsamında yapılacak dinlemeler de bu merkez üzerinden yapılır.

Yetkili ve görevli hâkim, talepte bulunan kolluk biriminin bulunduğu yer itibarıyla yetkili olan ve 5271 sayılı Kanunun 250 nci maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemesinin üyesidir.

Kararda ve yazılı emirde, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, kullandığı telefon numaraları veya iletişim bağlantısını tespiti imkân veren kodundan belirlenebilenler ile tedbirin türü, kapsamı ve süresi ile tedbire başvurulmasını gerektiren nedenler belirtilir. Kararlar, en fazla üç ay için verilebilir; bu süre aynı usûlle üçer ayı geçmeyecek şekilde en fazla üç defa uzatılabilir. Ancak, terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde devam eden tehlikelere ilişkin olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim üç aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir.

Uygulanan tedbirin sona ermesi halinde, dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir.

Bu maddede belirtilen suçların önlenmesi amacıyla ve hâkim kararı alınmak koşuluyla, teknik araçlarla izleme yapılabilir. Ayrıca, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu hizmeti veren kuruluşların ihtiyaç duyulan bilgi ve belgelerinden yararlanabilmek için gerekçesini de göstermek suretiyle yazılı talepte bulunulabilir. Bu kurum ve kuruluşların kanuni sebeplerle veya ticari sır gerekçesiyle bu bilgi ve belgeleri vermemeleri halinde ancak hâkim kararı ile bu bilgi ve belgelerden yararlanılabilir.

Bu madde hükümlerine göre yürütülen faaliyetler çerçevesinde elde edilen kayıtlar, birinci fıkrada belirtilen amaçlar dışında kullanılamaz. Elde edilen bilgi ve kayıtların saklanması ve korunmasında gizlilik ilkesi geçerlidir. Bu fıkra hükümlerine aykırı hareket edenler hakkında, görev sırasında veya görevden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılır.

Hâkim kararları ve yazılı emirler, Jandarma Genel Komutanlığı İstihbarat Başkanlığı görevlilerince yerine getirilir. İşlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanır.

... Bu maddede belirlenen usûl ve esaslara aykırı dinlemeler hukuken geçerli sayılmaz ve bu şekilde dinleme yapanlar hakkında 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre işlem yapılır.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin esas ve usûller, Adalet, İçişleri ve Ulaştırma bakanlıklarının görüşü alınarak Başbakanlık tarafından üç ay içinde çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir".

¹⁷⁵ 2937 sayılı yasanın 4. maddesinde Milli İstihbarat Teşkilatının görevi; "... milli güvenlik istihbaratını Devlet çapında oluşturmak ve bu istihbaratı Cumhurbaşkanı, Başbakan, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri ile gerekli kuruluşlara ulaştırmak" şeklinde belirlenmiştir.

açık bir düzenleme yer almamakta, tedbirin yasal dayanağı bulunmamaktaydı. Mevcut düzenlemede ülke genelinde istihbarat faaliyetinde bulunmaktan söz edilmekle olup, açıkça iletişimin denetlenmesi tedbirinden söz edilmemektedir. Ancak Anayasa ve AİHS hükümleri ile uyumlu olmamasına rağmen belirli bir süre bu hükümlere dayalı olarak iletişimin önleme amaçlı denetlenmesi tedbirine başvurulmuştur¹⁷⁶.

2559, 2803 ve 2937 sayılı yasalarda yer alan düzenlemelerde ilgili kurumlara telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin olarak dinleme kararı almak ve uygulamak üzere ilgili telekomünikasyon kurumlarından talepte bulunma imkanı verilmediği dikkati çekmekteydi. Diğer bir ifadeyle; iletişimin denetlenmesi kararı verme yetkisi kural olarak hakime, istisna olarak da Cumhuriyet Savcısına tanınmış olduğundan, bu kurumların iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurma ihtiyacını hissettiklerinde bunun kararını duruma göre hakim yada savcıdan istemek dışında bir çareleri bulunmamakta, bu şartlara uymayan talepleri ise kanuna aykırılık teşkil etmekteydi¹⁷⁷. Anayasanın haberleşme hürriyetinin düzenlendiği 22. maddesinde 2001 yılında 4709 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle iletişimin denetlenmesi gibi son derece hassas bir konuda öncelikle hakim kararının; gecikmede sakınca bulunan hallerde de savcının değil kanunla yetkili kılınan mercinin yazılı emri aranmıştır¹⁷⁸. Yapılan değişiklik bu yönüyle ihtiyaca cevap verir bir

¹⁷⁶ Taşkın, İletişimin Denetlenmesi, s.59

¹⁷⁷ Ersoy, Dinleme ve Bilgi Verme, s. 331.

¹⁷⁸ 01.11.1983 tarih ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasına, 03.07.2005 tarih ve 5397 sayılı yasanın 3. maddesi ile eklenen ve Milli İstihbarat Teşkilatına iletişimin önleme amaçlı denetlenmesi imkanı veren düzenleme şu şekildedir; “Bu Kanunun 4 üncü maddesinde sayılan görevlerin yerine getirilmesi amacıyla Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen temel niteliklere ve demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı halinde Devlet güvenliğinin sağlanması, casusluk faaliyetlerinin ortaya çıkarılması, Devlet sırrının ifşasının tespiti ve terörist faaliyetlerin önlenmesine ilişkin olarak, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde MİT Müsteşarı veya yardımcısının yazılı emriyle telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir, yirmidört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir derhal kaldırılır. Bu halde dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir. Bu işlemler, 4.7.1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun ek 7 nci maddesinin onuncu fıkrası hükmüne göre kurulan merkez tarafından yürütülür. 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 135 inci maddesi kapsamında yapılacak dinlemeler de bu merkez üzerinden yapılır.

Yetkili ve görevli hâkim, talepte bulunan birimin bulunduğu yer itibarıyla yetkili olan ve 5271 sayılı Kanunun 250 nci maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemesinin üyesidir.

Kararda ve yazılı emirde, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, kullandığı telefon numaraları veya iletişim bağlantısını tespiti imkân veren kodundan belirlenebilenler ile tedbirin türü, kapsamı ve süresi ile tedbire başvurulmasını gerektiren nedenler belirtilir. Kararlar, en fazla üç ay için verilebilir; bu süre aynı usûle üçer ayı geçmeyecek şekilde en fazla üç defa uzatılabilir. Ancak, terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde devam eden tehlikelere ilişkin olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim üç aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir.

düzenleme olarak görülebilir. Zira; suçla mücadeleyi hassas ve son derece ekonomik şartlarda gerçekleştiren kolluk birimlerinin istihbarat çalışmaları konusunda, savcının değil kanunla yetkili kılınacak bir merciin yetkili sayılması önemli bir düzenlemedir. Bu doğrultuda 5397 sayılı yasanın 3. maddesi ile 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanununun 6. maddesine eklenen fıkra ile Milli İstihbarat Teşkilatına önleyici kolluk faaliyeti çerçevesinde iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurma imkan ve yetkisi tanınmış, gecikmede sakınca bulunan hallerde MİT müsteşarı veya yardımcısına yazılı emre dayalı olarak iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurma yetkisi verilmiştir.

ff. 1402 Sayılı Sıkıyönetim Kanunu

13 Mayıs 1971 tarih ve 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu¹⁷⁹, özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyetine ilişkin sınırlayıcı nitelikteki düzenlemeleri kapsamına almıştır. Öncelikle Sıkıyönetim Kanununun uygulanabilmesi 1982 Anayasasının 122. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen şartlara uygun olarak sıkıyönetimin ilan edilmiş olmasına bağlıdır.

Sıkıyönetim Kanununun 3. maddesinde sıkıyönetim komutanının sıkıyönetim bölgesinde genel güvenlik, asayiş ve kamu düzenini korumak ve sağlamakla yükümlü olduğu, ayrıca gerektiği hallerde belirtilen tedbirleri almaya yetkili olduğu ifade edilmiştir. Bu yetkilere ilişkin olarak maddenin a bendinde; konutları, her türlü dernek, siyasi parti, sendika, kulüp gibi teşekküllere ait binaları, işyerleri ile özel ve tüzel kişiliği haiz (özerk müesseseler dahil) müesseseler ve bunlara ait müstemilatı, her türlü kapalı ve açık yerleri, mektup, telgraf vesair mersuleleri ve kişilerin üzerlerini herhangi bir müracaat, talep ve karara lüzum olmaksızın aramak ve bunlardan sübut vasıtaları olan yahut zoraltıya tabi olan eşyayı zaptetmek yetkisine yer verilmiştir. Düzenleme özel hayatın gizliliğini tamamı ile ortadan

Uygulanan tedbirin sona ermesi halinde, dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir.

Bu madde hükümlerine göre yürütülen faaliyetler çerçevesinde elde edilen kayıtlar, bu Kanunda belirtilen amaçlar dışında kullanılamaz. Elde edilen bilgi ve kayıtların saklanması ve korunmasında gizlilik ilkesi geçerlidir. Bu madde hükümlerine aykırı hareket edenler hakkında, görev sırasında veya görevden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılır.

Hâkim kararları ve yazılı emirler, MİT Müsteşarlığı görevlilerince yerine getirilir. İşlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanır.

... Bu maddede belirlenen usûl ve esaslara aykırı dinlemeler hukuken geçerli sayılmaz ve bu şekilde dinleme yapanlar hakkında 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre işlem yapılır.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin esas ve usûller Adalet, İçişleri ve Ulaştırma bakanlıkları ile MİT Müsteşarlığının görüşü alınmak suretiyle Başbakanlık tarafından üç ay içinde çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir”.

¹⁷⁹ Bkz.15.05.1971 T. ve 13837 sayılı R.G.

kaldırabilecek ve haberleşme hürriyetinin sınırlandırılmasına dayanak oluşturabilecek niteliktedir¹⁸⁰. Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası döneminde bu düzenlemenin Anayasaya uygunluğunu tartışmıştır¹⁸¹. Anayasa Mahkemesi, haberleşmenin gizliliğine ilişkin Anayasa hükmünde hakim kararının bir istisnasının öngörülmemesinin, 11. maddede yer alan sınırlama sebeplerine dayalı olarak bu özgürlüğün sınırlandırılmasına engel olmadığı görüşünü ortaya koymuştur. Ayrıca 1961 Anayasasının 124. maddesinde yer alan “hürriyetlerin nasıl kayıtlanacağı veya durdurulacağı ... kanunla gösterilir” hükmünden hareketle, 1402 sayılı kanun ile getirilen düzenlemelerin sıkıyönetim zorunluluklarını aşmadığını belirtmiştir. 1402 sayılı yasanın 3. maddesinin c bendinde ise; sıkıyönetim komutanına, “söz, yazı, resim, film ve sesle yapılan her türlü yayım, haberleşme, mektup, telgraf vesair mersuleleri kontrol etmek...” yetkisi tanınmıştır. Anayasa Mahkemesi aynı kararında bu hükmün de Anayasaya uygunluğunu incelemiş ve basın özgürlüğü kapsamında değerlendirdiği düzenlemeyi sıkıyönetim gerekleri içinde kabul ederek Anayasaya uygun bulmuştur¹⁸². Kanımızca sıkıyönetim halinde de anayasal bir kurum olarak hukuk devleti ilkesine bağlı kalınmak durumundadır. Hiçbir talep ve karar olmaksızın sıkıyönetim komutanına telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurma yetkisinin tanınması amacı aşan boyutlarda olup, keyfiliğe yol açabilir. Bu nedenle de hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil etmektedir¹⁸³. Sıkıyönetim komutanına bu yetki verilmek istendiği takdirde yetkinin sınırları, tedbire başvurulmasının şartları ve karara ilişkin denetim mekanizması ayrıntılı bir şekilde düzenlenmelidir.

gg. 2813 Sayılı Telsiz Kanunu

05.04.1983 tarih ve 2813 sayılı Telsiz Kanununda¹⁸⁴ bu kanunun amacının; haberleşme maksadıyla kullanılan ve elektromanyetik dalgalar yoluyla açık veya kodlu veya kriptolu ses, data ve resim vermeye veya almaya yarayan her türlü telsiz sisteminin kurulmasına, işletilmesine müsaade edilmesi ve kontrolü ile telsiz haberleşmesi alanındaki politika, hedef ve ilkelerin tespitine ilişkin usul ve esasları belirlemek ve bu konuda gerekli düzenlemeleri yapmak olduğu belirtilmiştir(m.1). Telsiz haberleşmesine ilişkin genel

¹⁸⁰ Şen, Devlet ve Kitle İletişim Araçları, s. 207.

¹⁸¹ Bkz. Ay. Mah., 15-16 Şubat 1972 T., 1971/31E. ve 1972/5 K. sayılı kararı, AMKD., S. 10, s.155 vd.

¹⁸² Doktrinde sıkıyönetim komutanının haberleşmenin gizliliğine hakim kararı olmaksızın dokunabilmesi eleştirilmiştir. Kararın eleştirisi için bkz. Özbudun, Özel Haberleşmenin Gizliliği, s.289-292; Sağlam, Fazıl, Türk ve Alman Anayasa Hukukları Açısından Gizli Ses Kaydı, AÜSBFD, C.30, S.1-4, Ankara 1977, s.113-115.

¹⁸³ Aynı yönde; Özbek, Arama, s.78, dn.241.

¹⁸⁴ Bkz. 07.04.1982 T. ve 18011 sayılı R.G.

esasların belirlendiği 4. maddede ise; her türlü telsiz sisteminin kurulmasına ve işletilmesine müsaade edilmesi ve kontrolünün devletin yetki ve sorumluluğu altında olduğu belirtilmiştir.

Yasada telsizle gerçekleştirilen haberleşme yönünden özel hayatın ve haberleşme hürriyetinin gizliliğinin korunmasını güvence altına almayı amaçlayan hükümlere de yer verilerek bu haklara işlerlik kazandırılmıştır. Gerçekten 2813 sayılı yasanın ceza hükümleri başlıklı 32. maddesi doğrudan veya dolaylı olarak özel hayat ve haberleşme gizliliğini güvence altına alan hükümler içermektedir¹⁸⁵. Düzenlemede ruhsatsız verici veya verici-alıcı

¹⁸⁵ 2813 sayılı yasanın 02.07.2005 T ve 5392 sayılı yasanın 3. maddesi ile değişik 32. maddesi şöyledir;

“Aşağıda belirtilen fiilleri işleyenler, bu fiilleri başka bir suçu oluştursa bile ayrıca bu madde hükümlerine göre de cezalandırılırlar:

a) 12 nci maddeye göre ruhsatsız verici veya verici - alıcı telsiz tesisi kuranlar veya ruhsat aldıktan sonra bu tesisleri maddi çıkar veya siyasi amaçlarla veya Milli Güvenlik gereklerini dikkate almadan kullananlar altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar.

13 üncü maddeye göre gerekli ruhsatı almaksızın verici veya verici - alıcı telsiz tesisi kuranlar bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar.

Yukarıdaki fıkralarda yazılı fiiller, Anayasanın 120 nci maddesi gereğince ilan edilen olağanüstü halde veya sıkıyönetim veya seferberlik veya savaş halinde işlendiği takdirde verilecek cezalar; birinci fıkrada yazılı halde iki yıldan beş yıla kadar hapis, ikinci fıkrada yazılı halde beş yıldan on yıla kadar ağır hapis cezasıdır.

Bu bent hükümlerine göre mahkumiyet halinde ayrıca tesislerin müsadereğine de hükmolunur.

b) 14 üncü maddeye göre gerekli izni almaksızın sabit telsiz tesislerinin yer veya teknik özellik veya işletme tipini değiştirenler iki aydan altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar.

c) 15 inci maddede öngörülen kullanma iznini almaksızın telsiz tesisatını çalıştıranlar otuzbin liradan yüzbin liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılırlar.

d) 18 inci maddede belirtilen telsiz verici veya verici - alıcı cihazlarının çalıştırılmasının durdurulmasına veya kısıtlanmasına ilişkin Ulaştırma Bakanlığının Telsiz Yayın Kontrolü duyurusuna uymayıp cihazlarını işletenlerin beş yıldan on yıla kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılmalarına ve cihazların müsadereğine hükmolunur.

e) 20 nci madde hükmüne göre cihazlarının ruhsatı Ulaştırma Bakanlığınca iptal edilenler üç aydan altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar.

f) 23 üncü maddenin (b) bendinde yazılı telsiz alıcı cihazlarını 24 üncü maddede belirtildiği şekilde ruhsat almadan bulunduranlar otuzbin liradan yüzbin liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılırlar.

Bu fiili Anayasanın 120 nci maddesi gereğince ilan edilen olağanüstü halde veya sıkıyönetim veya seferberlik veya savaş halinde işleyenler altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar.

g) 23 üncü maddenin (b) bendinde belirtilen telsiz alıcı cihazlarının başka yere naklinde veya kaydının kapatılmasında 25 inci madde hükümlerine uymayanlar onbin liradan otuzbin liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılırlar.

h) (Ek: 2/7/2005-5392/3 md.) Bu Kanunun 25a maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına aykırı hareket edenlere bir yıldan beş yıla kadar hapis ve yüz günden beşbin güne kadar adli para cezası; dördüncü fıkrasına aykırı hareket edenlere, yüz YTL'den onbin YTL'ye kadar idarî para cezası verilir. Bu idarî para cezası kolluk tarafından verilir.

Bu maddede tanımlanan suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, verilecek cezalar yarı oranında artırılır. Bu faaliyette bulunan tüzel kişi ise, hakkında 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunundaki bunlara özgü güvenlik tedbirlerine de hükmolunur.

i) (Ek: 2/7/2005-5392/3 md.) Bu Kanunun 25b maddesinin, birinci fıkrası hükümlerine aykırı hareket edenler, bir yıldan üç yıla; ikinci fıkrası hükümlerine aykırı hareket edenler altı aydan iki yıla; üçüncü fıkrası hükümlerine aykırı hareket edenler bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar.

Bu maddede tanımlanan suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, verilecek cezalar yarı oranında artırılır. Bu faaliyette bulunan tüzel kişi ise, hakkında 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunundaki bunlara özgü güvenlik tedbirlerine de hükmolunur.

j) (Ek: 2/7/2005-5392/3 md.) Bu Kanunun 25c maddesinin birinci fıkrasına aykırı hareket edenlere, maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen haller hariç olmak üzere cihaz başına yirmibin YTL'den kırkbin YTL'ye kadar idarî para cezası verilir.

Maddenin ikinci fıkrasına aykırı hareket edenlere onmilyon YTL idarî para cezası verilir.

telsiz tesisi kuranların veya ruhsat aldıktan sonra bu tesisleri maddi çıkar veya siyasi amaçlarla veya milli güvenlik gereklerini dikkate almadan kullananların fiillerinin başka bir suçu oluştursa bile ayrıca bu madde hükümlerine göre de cezalandırılacakları öngörülmekte, düzenleme bu haliyle haberleşmenin gizliliğinin korunmasını sağlayıcı bir nitelik taşımaktadır¹⁸⁶. Gelişen teknoloji karşısında sınırlı alanda güvence getiren Telsiz Kanunu ortaya çıkabilecek yeni durumlara ilişkin düzenleme içermediğinden yeni gelişmelerin doğuracağı ihtiyaçları karşılayabilecek nitelikte değildir.

hh. 406 Sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu

04.02.1924 tarih ve 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun¹⁸⁷ 1. maddesinde posta ve telgraf tesis ve işletmesine ilişkin hizmetlerin T.C. Posta İşletmesi Genel Müdürlüğünce, telekomünikasyon hizmetlerinin ise, Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi tarafından yürütüleceği belirlenmiştir¹⁸⁸. 406 sayılı kanun telefon yada telgraf vasıtasıyla gerçekleştirilen haberleşmenin gizliliğini koruyarak, birbirleriyle iletişim kuran kişilerin başkalarının öğrenilmesini istemedikleri hususların gizliliğini sağlayarak özel hayatın gizliliğini ve

Maddenin üçüncü fıkrasına aykırı hareket edenlere, beşyüzbin YTL'den birmilyon YTL'ye kadar idarî para cezası verilir.

Bu bentteki idarî para cezaları Kurum tarafından verilir.

k) (1) 26 ncı madde hükmüne göre Ulaştırma Bakanlığından izin almadan telsiz verici veya verici - alıcı cihazını alan veya satan veya devreden veya devralanların bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmalarına ve cihazların müsadereğine hükmolunur.

23 üncü maddenin (b) bendinde belirtilen telsiz alıcı cihazlarını izin almadan alan veya satan veya devreden veya devralanların otuzbin liradan yüzbin liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılmalarına ve cihazların müsadereğine hükmolunur.

Yukarıdaki fiilleri Anayasanın 120 nci maddesi gereğince ilan edilen olağanüstü halde veya sıkıyönetim veya seferberlik veya savaş halinde işleyenlere verilecek ceza bir misli artırılır.

l) (1) 29 uncu maddenin birinci fıkrası hükümlerine aykırı olarak standartlara uymayan cihaz ithal veya imal edenler altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar.

29 uncu maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında belirtilen mecburiyetlere uymayan her türlü verici veya alıcı veya verici - alıcı telsiz cihazı ithal veya imal edenler veya ticari amaçla satanlar iki aydan altı aya kadar hapis ve elli günden ikibin güne kadar adli para cezası ile 29 uncu maddenin 4 üncü fıkrası hükümlerine uymayanlar elli günden ikibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar.

m) (1) 30 uncu maddenin birinci fıkrasına göre telsiz tesislerinin muhafazası ile ilgili gerekli olan emniyet tedbirlerini yönetmelikte belirtilen esaslar dahilinde almayanlar onbin liradan otuzbin liraya kadar ağır para cezası ile; bu durumları Ulaştırma Bakanlığınca tespit edilerek, verilen süre içinde gerekli tedbirleri almayanlar üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar.

30 uncu maddenin ikinci fıkrasına aykırı olarak telsiz sistemleri üzerinden kodlu veya kriptolu haberleşme yapan veya yaptıranların altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmalarına ve cihazların müsadereğine hükmolunur”.

¹⁸⁶ Şen, Devlet ve Kitle İletişim Araçları, s.205; Araslı, Özel Yaşamın Gizliliği, s.226.

¹⁸⁷ Bkz. 21.02.1924 T. ve 159 sayılı R.G.

¹⁸⁸ Her ne kadar 406 sayılı yasanın 07/01/1929 T. ve 1379 sayılı kanuna aykırı hükümleri mezkur kanunun 7. maddesiyle yürürlükten kaldırılmış ise de; 1379 sayılı kanun 27/1/2000 T. ve 4502 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır.

haberleşme hürriyetini güvence altına almayı amaçlayan hükümler içermektedir¹⁸⁹. Gerçekten kanunun 20. maddesiyle telgraf ve telefon haberleşmesinin gizliliğini ihlal eden eylemleri bulunan telgraf ve telefon memurlarının cezalandırılacağı hususu düzenlenmiştir¹⁹⁰. Buna göre; kanunun izin verdiği belirli ve açık durumların dışında telgraf veya telefon ile gerçekleştirilen haberleşmenin başkasına açıklanması veya birisine ait bir haberin mevcudiyetinden başkasının haberdar edilmesi kesinlikle yasaktır. Buna aykırı harekette bulunan telgraf ve telefon memurları cezalandırılır. Getirilen düzenleme sadece telgraf ve telefon memurlarının haberleşme hürriyetinin gizliliğini ihlal eden eylemlerini cezalandırmakta ve sınırlı bir alanda özel hayatın gizliliğini ve haberleşme hürriyetini güvence altına almaktadır. Kanunun 22. maddesinde ise; telgraf ve telefon haberleşmesi ile ilgili memurun izni olmaksızın telgraf ve telefon yazışma ve konuşma odalarına girilmesi yasaklanmıştır. Buna aykırı davranarak bu odalara girmesi yasak kişilerin bu odalarda izinsiz bulunmaları halinde ise suç işlemiş olacakları ve haklarında yaptırım olarak idari para cezası uygulanacağı düzenlenmiştir¹⁹¹. Bu düzenleme ile de özel hayatın gizliliğinin ve haberleşme hürriyetinin güvence altına alınmasının amaçlandığı görülmektedir.

Yürürlük tarihi 21.02.1924 olan bu kanun teknolojik gelişmeler, haberleşme hürriyetinin gizliliğine müdahale içeren eylemlerin gelişen teknoloji ile şekil ve yollarının artmış olması karşısında haberleşmenin gizliliğini ihlal eden eylemlere karşı yetersiz kalmış ve bu alanda ihtiyaçları karşılayan yeni düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur.

¹⁸⁹ Şen, Devlet ve Kitle İletişim Araçları, s.206.

¹⁹⁰ 406 sayılı yasanın 20. maddesine göre; “Muhaberatın ihlali mahremiyeti yani kanunen muayyen ve musarrah ahvalin gayrisinde bir telgraf veya telefon muhabere veya mükalemesinin şahsı ahara işaası yahut birisine ait muhaberatın mevcudiyetinden şahsı aharın haberdar edilmesi sureti mutlakada memnudur. Muhalif harekette bulunan telgraf ve telefon memurları on beş günden altı aya kadar hapis ve beş liradan elli liraya kadar cezayı nakdi ile mücazat olunurlar”.

¹⁹¹ 406 sayılı yasanın 22. maddesine göre; “Vazifedar memurlar ile vazifeten bulunması muktazi olanlardan maada hiç kimsenin memurini iadesinin mezuniyetini almaksızın telgraf ve telefon muhabere ve mükaleme odalarına girmesi memnu olup hilafında hareket edenlerden seksenyedimilyon lira idari para cezası alınır”.

b. 1 Haziran 2005 Sonrası Yasal Düzenlemeler

aa. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu

04.12 2004 tarih ve 5271 sayılı CMK'nun 135 ve devamı maddelerinde adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri ayrıntılı olarak düzenlenmiştir¹⁹². CMK'nda iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması, "bir suç dolayısıyla" ceza soruşturması yapılması koşuluna bağlı tutulduğu için, ceza muhakemesi hukuku açısından bu yetkinin, delil elde etmek amacıyla halen işlenmiş olan bir suçun koğuşturmasıyla sınırlı olduğu söylenebilir. Nitekim CMK'nun 135. maddesinin 7. fıkrasında bu madde hükümleri dışında başka bir şekilde iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması açıkça yasaklanmıştır. Böylece söz konusu tedbirin bastırıcı niteliği açığa kavuşturulmuş; bunun dışındaki bir amaçla tedbire başvurma olanağı ortadan kaldırılmıştır.

İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması başlıklı CMK'nun 135. maddesinde amaç bakımından iki farklı tedbir düzenlenmiştir. Bu tedbirlerden birincisi şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirdiği iletişiminin tespit edilmesi, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesidir. Madde içeriğinde yer alan diğer tedbir ise; şüpheli veya sanığın kullanmakta olduğu mobil telefonun yerinin tespitidir. Bir suç dolayısıyla başvuru bu tedbirlerden birincisinde amaç delil elde etmek iken; ikincisinde şüpheli ve sanığın yerinin belirlenerek yakalanabilmesidir¹⁹³.

CMK'nun 135. maddesinde dikkat çeken diğer bir husus ise bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma kapsamında, başka surette failin belirlenememesi veya delil elde etme olanağının bulunmaması halinde maddenin uygulanmasının mümkün oluşudur. Düzenleme bu özelliği ile yedek bir norm niteliği taşımaktadır¹⁹⁴. Delillere ve sanıklara başta yollarla ulaşılması imkanı bulunduğu taktirde bu madde hükmü uygulanamaz.

¹⁹² 17.12.2004 T. ve 25673 sayılı R.G.

¹⁹³ Özbek, Ceza Muhakemesi, s.421.

¹⁹⁴ Yurtcan, Ceza Yargılaması, s.373.

bb. 5397 Sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

Uzun yıllardan bu yana terörle mücadele eden ülkemizin aynı zamanda Asya'dan Avrupa'ya giden uyuşturucu trafiğinin geçiş güzergahında bulunması önemli sayıda suç örgütünün faaliyetlerini Türkiye üzerinden yürütmesine sebep olmuştur. Teknoloji ve iletişim alanındaki gelişmeler özellikle terör ve organize suç örgütleriyle mücadelede önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması ihtiyacını ortaya çıkarmıştır¹⁹⁵. İleriye dönük özellik taşıyan önleyici kolluk faaliyeti kapsamında ele alınan iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmakla amaçlanan suç işlenmesi tehlikesini önlemek ve gelecekte doğabilecek tehlikeleri yaratan sebepleri ortadan kaldırmaktır. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmasına imkan veren bir düzenlemeye 5397 sayılı yasanın yürürlüğe girmesine kadar mevzuatımızda yer verilmemiştir. Bu sürece kadar kolluk birimleri kamu hukuku ve özel hukuk tüzel kişileri ile gerçek kişilerden, bilgi toplama yetkisi çerçevesinde bilgi almaktaydı¹⁹⁶. Ancak bazı yasal düzenlemelerin belirli kamu kurumlarına ve bunların memurlarına genel bilgi toplama yetkisi vermiş olması, bu kurumların telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişime müdahale etmelerine imkan tanımamaktaydı. Anayasanın gerek haberleşme hürriyetini güvence altına alan 22. maddesi, gerekse temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğini hükme bağlayan 13. maddesi telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından güvence oluşturduğundan, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin usul ve esaslarının düzenlendiği kanun hükmü veya açık bir düzenleme bulunmaması karşısında, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmasına imkan veren yasal bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmuştur. Bu doğrultuda 2559, 2803 ve 2937 sayılı kanunlara ek hükümler getiren 5397 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 03.07.2005 tarihinde kabul edilip, 23.07. 2005 tarih ve 25884 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

5397 sayılı yasa Anayasa, AİHS ve AİHM içtihatlarında sözü edilen esas ve standartlara uyulması suretiyle, istihbarat ihtiyaçlarını karşılamak için meydana getirilmiş sistemi, sistemin işlemlerini, bu hususta hukuka uygun işlemlerin ne suretle gerçekleştirileceğini, kararların ne gibi koşullara uyulması suretiyle alınacağını, bu husustaki denetim kurallarını ve usullerini, istihbarat ihtiyacının milletlerarası hak bildirileri ve Anayasanın güvencelerine uygun olarak nasıl giderileceğini göstermek amacıyla çıkarılmıştır¹⁹⁷. Ancak 5397 sayılı yasa adli amaçlı iletişimin

¹⁹⁵ Taşkın, İletişimin Denetlenmesi, s.61.

¹⁹⁶ Ersoy, Dinleme ve Bilgi Verme, s.11.

¹⁹⁷ Taşkın, İletişimin Denetlenmesi, s.62.

denetlenmesi tedbirinde aranması gereken soruşturmanın başlaması, suçun işlendiğine dair kuvvetli şüphenin bulunması, başka suretle delil elde edilememesi gibi kriterleri içermemesi ve hakimnin hangi ölçütlere göre önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine karar vereceğinin belirsizliği, ortada işlenmiş ağır bir suç söz konusu olduğunda başvuru adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından sıkı şartlar öngörülmüş iken henüz işlenmiş bir suç bulunmadığı aşamada kolaylıkla önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmasına imkan tanınması nedeniyle eleştirilmiştir¹⁹⁸.

V. TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİNİN TASNİFİ

Kolluğun kamu düzenin sağlanması amaçlı adli ve önleyici görevleri bulunmaktadır¹⁹⁹. Çoğu zaman kolluğun adli görevleriyle önleyici görevlerinin birbirinden net olarak ayrılması mümkün olmamaktadır. Bazı ülkelerde kolluğun adli ve önleyici görevleri net bir şekilde ayrılmıştır²⁰⁰. Ülkemizde kolluğun kamu düzenini sağlama görevi kapsamında başvuru ve gizli bilgi toplama faaliyetleri arasında yer alan telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinin kolluğun adli ve önleyici görevleri bakımından büyük ölçüde birbirinden ayrıldığı görülmektedir.

Kolluğun önleyici görevleri idari kolluk, adli görevleri ise adli kolluk tarafından yerine getirilir. İdari kolluk; bir idari makama kamu düzeninin sağlanması amacıyla idari kararlar alma ve bunların uygulanması için maddi işlemleri yapma ayrıcalığı verilmesi olarak tanımlanmaktadır²⁰¹. İdari kolluğun genel olarak görevleri; yetkili makamların emirlerini

¹⁹⁸ Şahin, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Şerhi, Ankara 2006, s.379.

¹⁹⁹ Kolluk terimi ülkemizde polis terimini de içine alacak şekilde genel bir terim olarak kullanılmaktadır. Kolluk terimi esasen bir işlevi belirtir; bu da kollamaktır. Bunun ise korumak ve araştırmak şeklinde iki yönü vardır. Korumaya ile kastedilen toplumu suça karşı korumaktır. Bu ise önleme ve yardım olarak iki şekilde ortaya çıkar. Kolluğun araştırma işlevi ise suçu ve suçluyu araştırmaktır. Tosun, Öztekin, Suç Kolluğu ve Savcılık, Yargı 1980, S.45, s.12 vd.; Özbek, Veli Özer, Suç Kolluğu, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir, Ekim 2000, s.588; Uygulamada hem önleme ve yardım işlevi gören idari görev, hem de suçu ve suçluyu araştırma işlevi gören adli kolluk görevi aynı kolluk personeli tarafından yerine getirildiğinden kolluk personeli bir olayda önleme görevi yaparken başka bir olayda adli görev yapabilmektedir. Bu itibarla idari ve adli kolluk ayrımının pratikte pek anlamı yoktur. Diğer yandan doktrinde adli kolluk ve idari kolluğun kesin çizgilerle birbirinden ayrılmasının mümkün olmadığı, suçların takibi, delillerin toplanması, faillerinin yakalanarak hakim önüne çıkarılması faaliyetinin özünde bir idari faaliyet olmakla birlikte, biçimsel olarak adli kolluk faaliyeti olduğu ifade edilmektedir. Hafızoğulları, H. Zeki, Ceza Muhakemesi Usul Kanununda Yapılan Değişiklikler Üzerine, AÜHFD, 1993, S.1-4, s.37 vd.

²⁰⁰ Almanya ve Avusturya hukuk sisteminde kolluğun önleme görevleriyle adli görevleri kesin çizgilerle birbirinden ayrılmıştır. Bkz. Erdem/Özbek, Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi, s.256.

²⁰¹ Duran, Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982, s.248.; Kıratlı, Metin, Koruyucu İdari Hizmetler, Ankara 1973.

yerine getirmek, kanunların emirlerinin yerine getirilmesi için kişilerin hareketlerini denetlemek, kamu düzenin bozulmasını engellemek ve korumak, güçlük içinde olan vatandaşa yardımcı olmaktır. Kamu düzeni; toplumun barış, güven ve esenlik içerisinde gelişmesini ve sağlıklı bir çevrede yaşamını sürdürmesini sağlayacak ortamdır²⁰². İdari kolluk kamu düzenini sağlarken kamu yararı ile bireysel hak ve özgürlükler arasında bir denge sağlar. Kolluk yetkisi de ancak kamu güvenliği, kamu sağlığı ve kamunun esenliği amacı ile kullanılabilir. Kamu özgürlükleri de buna dayalı olarak kısıtlanabilir. Bunun için ise yasal dayanağa gerek vardır²⁰³.

Adli kolluk faaliyeti ise işlenmiş bir suçun takibine, delillerin elde edilmesine, faillerin kovuşturulmasına ve yakalanmasına yönelik çalışmaları içermektedir. Adli kolluğun başlıca görevleri; yetkili makamlar tarafından verilen emirleri yerine getirmek, suçluları bulmak, suçun delil, iz ve belirtilerini toplamak ve faillerini yakalamaktır²⁰⁴. Cumhuriyet savcısı soruşturmayı doğrudan doğruya kendisi yapabileceği gibi, emrindeki adli kolluk görevlileri aracılığı ile de her türlü araştırmayı yapabilir. İdari ve adli kolluk arasındaki bağlantı birisinin görevinin başladığı aşamada diğerinin görevinin bitmesi veya başlamasındadır. Diğer yandan adli ve önleyici kolluk ayrımı sonucu ortaya çıkan farklılıkların başında kolluk amirleri ile savcılarının ilişkileri yer almaktadır²⁰⁵. Gerçekten CMK'nun 161/2 hükmüne göre; kolluk görevlileri elkoydukları olayları, yakalanan kişiler ile uyguladıkları tedbirleri, emrinde çalıştıkları Cumhuriyet savcısına derhal bildirmek ve Cumhuriyet savcısının adliyeye ilişkin bütün emirlerini gecikmeksizin yerine getirmekle yükümlüdür. CMK'nun 161/5 hükmüyle de Cumhuriyet savcısının sözlü veya yazılı istemlerini yapmayı kötüye kullanan veya bu görevleri yapmakta ihmalleri görülen kolluk amir ve memurları hakkında Cumhuriyet savcılarının doğrudan doğruya soruşturma yapma yetkisi tanınmıştır.

²⁰² İdare hukuku bağlamında kamu düzeni kavramı özel hukukta kullanılan kamu düzeni kavramından farklıdır. Zira; özel hukukta kamu düzeni kavramı toplumun önemli ve doğrudan doğruya menfaatlerini koruyan hukuk kurallarını ifade etmektedir. Bkz. Tekinay, S. Sulhi, Borçlar Hukuku, İstanbul 1974, s.376.; Anayasa Mahkemesi kamu düzeni kavramının belirlenmesi güç bir anlam taşıdığını belirttikten sonra; “toplumun huzur ve sükununun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilatının korunmasını amaç alan her şeyi ifade eder. Başka bir deyişle, toplumun her alanındaki düzenin temelini oluşturan bütün kuralları kapsar.” tanımını yapmıştır. Bkz. Ay. Mah. 22.11.1976 T., 1976/27 E., 1976/51 K. sayılı kararı, AMKD., S.14, s.363.

²⁰³ Gözübüyük, A. Şeref/Tan, Turgut, İdare Hukuku, C.1, Genel Esaslar, Ankara, 2007, s.727.

²⁰⁴ Soyaslan, Ceza Muhakemesi, s.141, 142.; CMK'nun 164/1 hükmüne göre adli kolluk; 4.6.1937 tarihli ve 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanununun 8, 9 ve 12. maddeleri, 10.3.1983 tarihli ve 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanununun 7. maddesi, 2.7.1993 tarihli ve 485 sayılı Gümrük Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 8. maddesi ile 9.7.1982 tarihli ve 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanununun 4. maddesinde belirtilen soruşturma işlemlerini yapan güvenlik görevlilerini ifade eder.

²⁰⁵ Dönmezer, Sulhi, Adli Kolluk ve Yargı Kuruluşları İlişkisi, Adli Kolluk Kuruluş ve Görevleri, Antalya 1998, s.9 vd.

Türk hukuk sisteminde iletişimin denetlenmesi tedbiri adli ve önleyici kolluk faaliyeti kapsamında iki şekilde uygulanmaktadır. Bu bağlamda telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim; önleyici kolluk faaliyeti çerçevesinde istihbarat elde etme amacıyla ve suçun önlenmesi amacıyla denetlenebileceği gibi; işlenmiş olan suçların soruşturma ve kovuşturmasında delil elde etmek, şüpheli veya sanığın yakalanması amacıyla da denetlenebilmektedir. Adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri 5271 sayılı CMK hükümlerine, istihbarı amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri ise 5397 sayılı kanun hükümlerine göre uygulanmaktadır.

Ceza muhakemesi dışında önleyici amaçla ve istihbarat amacıyla başvurulabilen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin olarak CMK’nda tedbirin uygulanması, “bir suç dolayısıyla” ceza soruşturması yapılması koşuluna bağlı tutulduğu için, ceza muhakemesi hukuku açısından verilen bu yetkinin, delil elde etmek amacıyla halen işlenmiş olan bir suçun koğuşturmasıyla sınırlı olduğu söylenebilir. Böylece söz konusu tedbirin bastırıcı niteliği açığa kavuşturulmuş; bunun dışındaki bir amaçla tedbire başvurma olanağı ortadan kaldırılmıştır. Öte yandan bu tedbirin uygulanması suretiyle elde edilen bilgiler, hangi amaçla elde edilmiş ise, ancak o amaç çerçevesinde kullanılabilir ve öngörülen amaç dışında başka bir amaçla bu bilgilerden yararlanılması olanaksızdır. Bu itibarla koruma tedbiri niteliğindeki adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilmesi için bir suçun işlenmesi gerektiği ve tedbirin amacının suça ilişkin delil elde etmek olduğu halde, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla başvurulabilmektedir.

Soruşturmanın başlaması için başlangıç şüphesinin varlığı aranır. Yani, bir suç işlendiğine ilişkin somut emarelerin bulunması gerekir²⁰⁶. Önleyici amaçlı istihbarat faaliyetlerinde bulunabilmesi bakımından ise bir suçun işlenmesi aranmamaktadır²⁰⁷. Henüz başlangıç şüphesi yada somut bir tehlike durumunun bulunmadığı aşamada başvuru olan önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından, soruşturma faaliyetine girişmek için CMK’nun 160. maddesi kapsamında aranan gerekli ve yeterli somut tutamak noktalarının bulunması aranmamaktadır. Kolluk makamlarına bu aşamada somut bir tehlike durumuna dayalı olmaksızın harekete geçme

²⁰⁶ 5271 sayılı CMK’nun 160. maddesinde soruşturmanın başlamasına ve buna imkan veren şüphe derecesine yer verilmektedir. Buna göre; Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hali öğrenir öğrenmez kamu davası açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere işin gerçeğini araştırmaya başlar”.

²⁰⁷ Bu konuda soruşturma ve koğuşturma evresine suç öncesi araştırma olarak nitelenen yeni bir soruşturma öncesi araştırma evresinin ilavesi zorunluluğunun ortaya çıktığı ileri sürülmekte ve bu evreye ön alan adı verilmektedir. Ön alan ise; suçun önlenmesi ve gelecekte işlenecek suçların tatbikatı açısından önlem almak olarak anlaşılmaktadır. Bkz. Özbek, Ceza Muhakemesi, s.159.

olanağı tanınmaktadır²⁰⁸. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinde hakimden karar talep eden makam ilgili kolluk kuvvetleri olduğu halde, adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinde talepte bulunan Cumhuriyet savcısı olmaktadır. Diğer yandan önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen kayıtlar ancak kendi kanunlarında belirtilen amaçlar için; yani suçun önlenmesi amacıyla kullanılabilirken, elde edilen bu iletişim içerikleri bir suç soruşturma yada kovuşturmasında kullanılamamaktadır. Zira; CMK kapsamında iletişimin denetlenmesi tedbiri sıkı şartlara tabi tutulmuş iken; önleme amaçlı iletişimin denetlenmesine ilişkin düzenlemelerde aynı sıkı şartlar öngörülmemiştir. Bu nedenle suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla elde edilen kayıtların ceza muhakemesinde delil olarak kabul edilmesi halinde, daha sıkı şartlara tabi tutulan adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin dolanılması gibi bir uygulama ortaya çıkabilirdi²⁰⁹.

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin dayanağını oluşturan 5397 sayılı yasa da tedbirin uygulanmasına ilişkin olarak, CMK’nda düzenlenen adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin aksine, ilgililere bildirimde bulunulmasına ilişkin yükümlülük öngörülmemiştir. Böylelikle Anayasanın 40. maddesinde güvence altına alınan bilgi edinme hakkı ile temel hak ve özgürlüklerin korunması güvencesi işlevsiz hale gelmiştir. Tedbire maruz kalanlar hukuka aykırı uyulamadan haberdar olamayınca bu tedbirin kötüye kullanılmasına karşı yargı yoluna başvurma olanağı da ortadan kalkmaktadır.

Hukukumuzda önleyici kolluk faaliyeti kapsamında başvurulmuş önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin dayanağını oluşturan 5397 sayılı yasa²¹⁰ adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin getirilen düzenlemelerden farklı olarak Anayasa, AİHS ve AİHM içtihatlarında ifadesini bulan esas ve standartlara uyulması suretiyle, istihbarat ihtiyacını karşılamak için getirilmiş sistemi, sistemin işlemlerini, bu hususta hukuka uygun işlemlerin ne surette gerçekleştirileceğini, kararların hangi makamlar tarafından ve ne gibi koşullara uyulması suretiyle alınabileceğini, bu husustaki denetim kurallarını ve

²⁰⁸ Koruma tedbiri olarak başvurulmuş adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından gecikmede tehlike hali, zamanında tedbire başvurulmadığı veya gecikildiği takdirde artık tedbire başvurma bir faydası kalmayacağını ifade etmektedir. Önleyici kolluk tedbiri olan önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından ifade edilen tehlike ise; zamanında gerekli tedbire başvurulmaması durumunda bir suçun işleneceği, gecikildiği takdirde suçun işlenmesinin önüne geçilemeyeceği anlamını taşımaktadır. Bkz. Özbek/Doğan, s.523.

²⁰⁹ Şahin, Ceza Muhakemesi, s.264.

²¹⁰ Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi yetkisini düzenlemek amacıyla 2559, 2803 ve 2937 sayılı kanunlara ek hükümler getiren 5397 sayılı “Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” 03.07.2005 tarihinde T.B.M.M. tarafından kabul edilip 23.07.2005 tarih ve 25884 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

usullerini, istihbarat ihtiyaçlarının milletlerarası hak bildirileri ve Anayasanın güvencelerine uygun olarak nasıl giderileceğini göstermek amacıyla çıkarılmıştır²¹¹.

AIHM kararlarında iletişimin denetlenmesi tedbirinin kötüye kullanılmasına karşı etkili ve uygun güvenceler öngörülmesi ve koşullarının kanunda açıkça düzenlenmesi kaydıyla tedbire başvurulabileceği belirtilmektedir. Önleyici kolluk faaliyeti kapsamında 5397 sayılı yasanın yürürlüğe girmesinden önce, 2559 sayılı PVSK'nun ek 7. maddesinde yer alan; “polis devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğine dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak, emniyet ve asayişini sağlamak üzere ülke seviyesinde istihbarat faaliyetinde bulunur, bu amaçla bilgi toplar, değerlendirir, yetkili mercilere veya kullanma alanına ulaştırır.” hükmünün AIHM'nin kararlarında ortaya konan gereklilik karşısında iletişimin denetlenmesi tedbirinin yasal dayanağını oluşturduğu kuşkuyla görülmekte; yine 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu da tedbirin dayanağını oluşturması bakımından yetersiz kalmaktaydı²¹². Bu düzenlemelerle kolluğa verilen yetki genel bir istihbarat yetkisiydi ve buna dayalı olarak hangi gizli bilgi toplama tekniğinin, hangi koşul ve sınırlar içinde uygulanabileceğini gösteren ayrıntılı bir düzenleme bulunmamaktaydı. Dolayısıyla bu kapsamda temel hak ve özgürlüklere müdahalenin kapsam ve koşulları açıklıkla ortaya konmadığı için bu düzenlemeler gizli bilgi toplama tedbirlerine ve bu kapsamda iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurma konusunda bir yetki normu olarak ele alınamamaktaydı²¹³. Bu konuda açık bir yasal düzenlemeye gidilmesi, kolluğun hangi bilgi toplama tekniklerine ne gibi koşullar altında ve hangi eylemlere yönelik olarak başvurabileceği, uygulamanın nasıl ve kim tarafından denetlenebileceği ve elde edilen bilgilerin hangi biçimde kullanılabilmesi gibi hususların yapılacak yasal düzenlemede yer alması gerekliliği ifade edilmekteydi²¹⁴. Bu ihtiyaç doğrultusunda Anayasanın 22. maddesinde öngörülen; “milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak ...” haberleşme hürriyetine sınırlama getirilebileceğine ilişkin düzenleme getiren ve iletişimin denetlenmesi tedbirinin yasal dayanağını oluşturan Anayasa hükmüne dayalı olarak hazırlanan 5397 sayılı yasa ile önleyici kolluk faaliyeti kapsamında telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbiri mevzuatımıza girmiştir.

²¹¹ Taşkın, İletişimin Denetlenmesi, s.62.

²¹² Çolak, Haluk/Taşkın, Mustafa, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Ankara 2007, s. 616.

²¹³ Erdem, Gizli Soruşturma Tedbirleri, s.190.

²¹⁴ Sözüer, Özel Haberleşmenin Denetlenmesi, s. 87.

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA ADLİ AMAÇLI İLETİŞİMİN DENETLENMESİ

I. GENEL OLARAK

Haberleşme özgürlüğüne müdahale sonucu doğuran ve niteliği itibariyle gizlilik taşıyan telekomünikasyon yoluyla adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri CMK'nun 135 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Haberleşme özgürlüğüne müdahale sonucunu doğuran bu koruma tedbirine suçun aydınlatılması amacıyla, suç soruşturma ve kovuşturması çerçevesinde, işlenmiş olan bir suçun delillerine ulaşmak için başvurulur. Şayet bir suç telekomünikasyon araçları kullanılarak işlenmiş ise; bu suçun işlenmesi sırasında telekomünikasyon hizmeti veren kurum yada kuruluşlarca yasalara uygun olarak yapılan kayıtlar suçtan geriye kalan izlerdir ve belirti delili olarak her zaman keşif ve bilirkişi incelemesine konu yapılabilir²¹⁵.

CMK'nun 135. maddesinde; telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesinin esas ve usulleri ayrıntılı biçimde düzenlenerek bu maddede yer alan esas ve usuller dışında hiç kimsenin, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemeyeceği ve kayda alamayacağı hükmüne yer vermiştir(CMK m.135/7). Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinin önleme ve istihbari amaçlı olabileceği yasayla ayrıca düzenlendiğinden, bu hükmün ceza muhakemesi ile sınırlı olduğunun kabul edilmesi gerekir. Buna göre; hiç kimsenin bir soruşturma veya kovuşturma sürecinde CMK'nda öngörülen esas ve usuller dışında bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini denetlemesi mümkün değildir. Aksi taktirde; bu yolla elde edilen deliller ceza muhakemesinde kullanılamaz. Bu hükümle esasen bir delil elde etme ve değerlendirme yasağının da getirildiği görülmektedir.

İletişimin denetlenmesi tedbirine karar verecek merci bakımından ise dünyada uygulanan üç sistem bulunmaktadır. Bunlar; a. İdari yetki sistemi, b. Adli yetki sistemi, c. Karma yetki sistemidir. İdari yetki sisteminde iletişimin denetlenmesi kararı İçişleri Bakanlığı, adli sistemde hakim, karma sistemde ise kural olarak hakim tarafından verilmektedir. Ancak istisnai durumlarda Cumhuriyet

²¹⁵ Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s.417.

savcısına da bu yetki verilmektedir. Adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından Türkiye’de karma sistem benimsenmiştir²¹⁶.

II. AMAÇ

Ceza Muhakemesi Kanununda iletişimin denetlenmesi tedbiri “bir suç dolayısıyla” ceza soruşturması yapılması koşuluna bağlı tutulduğu için ceza muhakemesi hukuku açısından verilen yetki, işlenmiş yada halen işlenmekte olan bir suçun soruşturma ve kovuşturmasıyla sınırlıdır. Böylelikle tedbirin bastırıcı niteliği açıklığa kavuşturulmuş ve bunun dışındaki bir amaçla tedbire başvurma olanağı ortadan kaldırılmıştır. Diğer yandan tedbirin uygulanması suretiyle elde edilen bilgilerin hangi amaçla elde edilmiş ise, ancak o amaç çerçevesinde kullanılabileceği ve öngörülen amaç dışında başka bir amaçla bu bilgilerden yararlanılmasının olanaksızlığı öngörülerek amaca bağlılık ilkesine de işlerlik kazandırılmıştır²¹⁷. Bu nedenle adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri neticesi elde edilen veriler hukuk mahkemesinde açılan tazminat davasında delil olarak kullanılamayacağı gibi, disiplin soruşturmasına da esas olamaz²¹⁸.

Adli amaçlı iletişimin dinlenmesi, kaydedilmesi, tespiti ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirleri sadece delil elde etmek ve şüpheli veya sanığın yakalanması amacıyla uygulanır. Bu itibarla bir suç dolayısıyla soruşturma yapılması veya kovuşturmaya geçilmesi tedbire başvurulması için gerekli ön koşuldur²¹⁹. Hakkında iletişimin denetlenmesi kararı verilen kişi en geç kararın verildiği aşamada şüpheli statüsüne girmediği takdirde, tedbirin kurucu unsurlarından olan

²¹⁶ Öztürk, Bahri, Organize Suçlulukla Mücadele, EGM, Arşiv Daire Başkanlığı, Ankara 1998, s.49; Sözüer, Özel Haberleşmenin Denetlenmesi, s.109; Erdem/Özbek, Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi, s.285.

²¹⁷ Bkz. Erdem, Gizli Soruşturma Tedbirleri, s. 98.

²¹⁸ Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi, s.562; Özbek, Ceza Muhakemesi, s.420; Erdem, Mustafa Ruhan, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda İletişimin Denetlenmesi, Hukuki Perspektifler Dergisi, S.3, Nisan 2005, s.98. Yargıtay da hakkında disiplin veya idari soruşturma yapılan kamu görevlisi hakkında, CMK’nun 135. maddesi kapsamında iletişimin denetlenmesi kararı verilemeyeceğini belirtmiştir. Karara göre; “Somut olayda hakkında soruşturma izni verilen Cumhuriyet Savcısının suç şüphesi altında bulunduğuna ilişkin bir bulgu yada belgeye rastlanmadığı gibi, aksine soruşturma fezlekesinde cezai yönden soruşturma aşamasını gerektiren somut bir delilin mevcut olmadığı, ancak eşi ile geçimsizliğini meslektaşlarına deşifre ederek, eşinin de aynı şekilde davranıp, bir bayan avukatın adını bazı hakim ve savcılarla paylaşması neticesinde subjektif değerlendirmelere neden olacak şekilde davranmaları ve adı geçen Cumhuriyet Savcısının çevresindeki insanlarla olan ölçüyü mesleğinin gerektirdiği şekilde ayarlayamaması ise, disiplin yönünden kovuşturmayı gerektirdiği belirtilmektedir. Yasanın buyurucu hükmüne göre, suç şüphesi altında bulunmayan, yani şüpheli ve sanık sıfatı taşımayan bir kişi hakkında iletişimin tespiti kararı verilmesi olanaklı değildir. Kaldı ki, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 82. maddesinin yollamasıyla 101. maddesi ile verilen yetki gereğince soruşturma yapan Söke Başsavcısının, gereken bilgileri tüm daire ve kuruluşlardan doğrudan doğruya toplaması mümkün olup, soruşturmalarda ilgili kuruluş ve kişiler istenecek her türlü bilgi ve belgeyi vermek zorundadır. Bu itibarla, Yerel Mahkemenin iletişimin tespiti yolundaki istemin reddine dair kararı yerinde olup, kanun yararına bozma isteminin reddi gerekir”. Yrg. 4. C.D.’nin 06.11.2007 T., 2007/8700E. ve 2007/8903 K. sayılı kararı (Yayınlanmamış Yargıtay Kararı).

²¹⁹ Şen, Telefon Dinleme, s.52.

suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe şartının bulunmaması nedeniyle verilen iletişimin denetlenmesi kararı hukuka aykırı olacağından, bu yolla elde edilen delil de hukuka aykırı sayılacaktır²²⁰. Mobil telefonun yerinin tespiti tedbirine ise; sadece şüpheli veya sanığın yakalanması amacıyla başvurulabilmektedir. Yani; şüpheli veya sanığın yakalanması için uygulanacak tedbir sadece mobil telefonun yerinin tespitidir. Şüpheli veya sanığın yakalanması amaçlı iletişimin dinlenmesi ve kaydedilmesine karar verilemez.

III. TANIM VE KAPSAM

İletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin olarak 1412 sayılı CMUK’nda herhangi bir düzenleme yer almamakta, bu tedbir 4422 sayılı ÇASÖMK’nun 2. maddesi kapsamında yer alan örgütlü suçlar bakımından uygulama alanı bulmaktaydı. 4422 sayılı yasanın 2. maddesinde tedbiri ifade etmek için “iletişimin dinlenmesi ve tespiti” terimi kullanılmıştı. 5271 sayılı CMK’nda ise; “iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması” terimlerinin tercih edildiği görülmektedir. Diğer yandan 5271 sayılı CMK’nun tedbirin yer aldığı beşinci bölümün başlığı olarak; “telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi” teriminin kullanıldığı, ancak alt başlık olarak “iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması” terimlerine yer verildiği görülmektedir. Burada belirtmek gerekir ki; 5271 sayılı CMK’nda aynı konuyu ifade etmek açısından iki ayrı terimin kullanılmış olması yerinde olmamıştır.

Telekomünikasyon kavramı hem 10.11.2005 tarih ve 25989 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi Ve Kayda Alınmasına Dair Usul Ve Esaslar İle Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Yönetmelikte, hem de 14.01.2007 tarih ve 26434 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelikte tanımlanmıştır. Gerçekten 10.11.2005 tarih ve 25989 sayılı yönetmeliğin tanımlar başlıklı üçüncü maddesinin (I) bendi ile 14.01.2007 tarih ve 26434 sayılı yönetmeliğin tanımlar başlıklı 4. maddesinin (j) bendinde telekomünikasyon; “işaret, sembol, ses ve görüntü ile elektrik sinyallerine dönüştürülebilen her türlü verinin; kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektro kimyasal, elektro mekanik ve diğer iletim

²²⁰ Yenisey, Feridun/Altunç, Sinan, İletişimin Denetlenmesi Hakkında, Sulhi Dönmezer Armağanı, C.II, Ankara 2008, s.1308.

sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınmasını ifade eder” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımdan yola çıkıldığında telekomünikasyon teriminin; haber, yazı, resim veya her çeşit bilginin tel, radyo, optik ve başka elektro manyetik sistemlerle iletilmesi, bunların yayımı ve alınmasını ifade ettiği anlaşılmaktadır.

İletişim kavramı ise tek başına kavram olarak gerek CMK’nda, gerekse yukarıda belirttiğimiz yönetmeliklerde tanımlanmamıştır. Ancak iletişim kavramının tanımlandığı düzenleme 4422 sayılı kanunun uygulanmasını göstermek için hazırlanmış bulunan ancak şu anda yürürlükte olmayan²²¹ 26.01.2001 tarih ve 24299 sayılı ÇASÖMY’nin 4. maddesinde yer almıştır. Bu yönetmelikte iletişim; “telefon, faks ve bilgisayar gibi kablolu, kablosuz veya diğer elektromanyetik sistemler veya tek yönlü sistemler ile alınan veya iletilen sinyaller, yazılar, resimler, görüntü veya sesler ve diğer nitelikteki verilerin nakledilmesini ifade eder” şeklinde tanımlanmıştır. Diğer bir tanıma göre ise iletişim; haber, yazı, resim, ses, veya sinyallerin telefon, telgraf, radyo veya benzeri elektromanyetik dalgalarla gönderilmesi veya alınmasıdır²²². İletişimin kişilerin birbirleriyle ve toplumla ilişki kurarak haber, düşünce ve konuları ortak semboller sistemi aracılığı ile öğrenme ve yaymaları süreci olduğu da söylenebilir²²³. Bu tanımlarla bağlantılı olarak telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim; telefon, faks ve bilgisayar gibi kablolu, kablosuz veya diğer elektro manyetik sistemlerle veya tek yönlü sistemlerle alınan veya iletilen sinyaller, yazılar, resimler, görüntü veya sesler ve diğer nitelikteki verilerle, işaret, sembol, ses ve görüntü ile elektrik sinyallerine dönüştürülebilen her türlü verinin; kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektro kimyasal ve diğer sistemler vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınması şeklinde tanımlanabilir²²⁴.

Bu tanımlar doğrultusunda telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi; araya elverişli bir vasıta sokulmak suretiyle (kablo, radyo ve diğer elektromanyetik sistemlerle veya tek yönlü sistemlerle alan ve ileten araçlara girilerek) kişiler arasında cereyan eden her türlü haberleşmenin, haberleşenlerin bilgisi dışında tespiti, gizlice dinlenmesi, bundan elde edilen bilgilerin kaydedilmesi ve değerlendirilmesi olarak tanımlanabilir²²⁵.

²²¹ 05/05/2007 T. ve 26513 sayılı R.G. de yayımlanan, 20/03/2007 T. ve 2007/11968 sayılı Bakanlar Kurulu yönetmeliğinin 1. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

²²² Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.702.

²²³ İçel, Kitle Haberleşme Hukuku, s.4.

²²⁴ Taşkın, İletişimin Denetlenmesi, s.74.

²²⁵ Bkz. Şahin, Ceza Muhakemesi, s.265, Erdem/Özbek, Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi, s.600. CMK’nun 135 ve devamı maddelerinde düzenlenen telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi teriminin yerine uzakla haberleşmenin denetlenmesi teriminin kullanılmasının daha yerinde olacağını ileri süren görüş için bkz. Özbek, Ceza Muhakemesi, s.420.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinin türleri olarak CMK'nun 135. maddesinde iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirlerine yer verilmiştir. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinin bir türü olarak iletişimin tespiti kavramı; iletişimin içeriğine müdahale edilmeden, iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesini ifade eder. Bu terimle esasen sadece sanık yada şüphelinin telekomünikasyon yoluyla kimlerle iletişim kurduğunun tespiti ifade edilmektedir. Bu tedbiri diğer iletişimin denetlenmesi tedbirlerinden ayıran özellik ise; CMK'nun 135/6 hükmüne göre sınırlamaya tabi olmaksızın tüm suçlar hakkında uygulanabilmesidir. Uygulamada soruşturma aşamasında iletişimin tespiti tedbirine CMK'nun 135. maddesine göre değil, Cumhuriyet savcısının CMK'nun 160 ve 161. maddeleri kapsamında genel soruşturma ve bilgi toplama faaliyeti kapsamında başvurulmaktadır²²⁶.

İletişimin dinlenmesi ve kayda alınması kavramı 14.01.2007 tarih ve 26434 sayılı yönetmeliğin tanımlar başlıklı 4. maddesinin (e) bendinde; telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilmekte olan konuşmaların dinlenmesi, kayda alınması ile diğer her türlü iletişimin uygun araçlarla dinlenmesi ve kayda alınmasına yönelik işlemleri ... ifade eder²²⁷ şeklinde tanımlanmaktadır. İletişimin dinlenmesi kavramı telekomünikasyon yoluyla yapılmakta olan iletişimin sadece yetkilendirilen üçüncü kişiler tarafından dinlenerek yapılmakta olan iletişim hakkında bilgi sahibi olunmasını ifade etmektedir. İletişimin kayda alınması ise; telekomünikasyon yoluyla yapılmakta olan iletişimin yine yetkilendirilen üçüncü kişi tarafından, bir kayıt cihazı

²²⁶ Yargıtay'a göre; "İncelenen somut olayda, yakınının, 5.12.2005 ve 19.12.2005 tarihli dilekçelerde, kendisine karşı gerçekleştirilen telefonla tehdit ve hakaret suçlarının faillerinin belirlenebilmesi için ev ve cep telefonu ile belirttiği tarihlerde yaptığı görüşme kayıtlarının incelenmesini ve telefonun dinlenmesini istediği anlaşılmaktadır. Cumhuriyet Savcısınca ilgili Telekom kurumuna gönderilen tesbit yapılmasına ilişkin isteğin yerine getirilmediği, bunun üzerine Cumhuriyet Savcısının C.Y.Y.'nin 135. maddesi uyarınca bir karar verilmesi için Sulh Ceza Mahkemesine başvurduğu ancak yetkili hakim soruşturulan suçun anılan yasa maddesinin 6-a fıkrasında sayılanlar arasında bulunmadığı gerekçesiyle isteğin reddine karar verdiği görülmektedir. Sulh Ceza hakiminin verdiği kararın gerekçesi doğru olmamakla birlikte ulaşılan sonuç isabetlidir. Gerçekten de iletişimin tespiti tedbiri, C.Y.Y.'nin 135/6 maddesindeki sınırlamaya bağlı olmaksızın tüm suçlar açısından uygulanabilir. Ancak bu tedbire sadece şüpheli veya sanık için başvurulabilir. Yakınının veya suçtan zarar görenin iletişiminin tespitini, kimliği belirtilen yöntem sonucu belirlenebilecek şüpheli veya sanık için aleyhe kanıt oluşturacak sonuca ulaşılsa bile 135. madde kapsamında değil, Cumhuriyet Savcısının 160. ve 161. maddelerde yer alan genel soruşturma ve kanıt toplama yetkisi çerçevesinde değerlendirmek isabetli olacaktır. İtirazı inceleyen mercinin verdiği ret kararı da sonuç itibarıyla doğru olduğundan hukuka uygundur". Yrg. 4. CD'nin 29.11.2006 T. 2006/4669E. ve 2006/17007 K. sayılı kararı (yayınlanmamış Yargıtay kararı).

²²⁷ Bkz. 14.01.2007 T. ve 26434 sayılı yönetmeliğin tanımlar başlıklı 4. maddesinin (f) bendi.

yardımla kaydedilmesini ifade etmektedir. Bu şekilde elde edilen verilerin daha sonra yargılama aşamasında delil olarak tartışılması mümkün olmaktadır²²⁸

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinin bir türü olarak 5353 sayılı yasanın²²⁹ 17. maddesi ile CMK'nun 135. maddesine eklenen sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbiri; 14.01.2007 tarih ve 26434 sayılı yönetmeliğin tanımlar başlıklı 4. maddesinin (h) ve (ı) bentlerinde tanımlanmıştır. Bu tanımlara göre sinyal bilgisi; “bir şebekede haberleşmenin iletimi veya faturalaması amacıyla işlenen her türlü veriyi”; sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi terimi ise; “İletişimin içeriğine müdahale niteliğinde olmayıp yetkili makamdan alınan karar kapsamında sinyal bilgilerinin iletişim sistemleri üzerinde bıraktığı izlerin tespit edilerek, bunlardan anlamlandırılan sonuçlar çıkarmak üzere gerçekleştirilen değerlendirme işlemleri” ifade etmektedir. Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirinin CMK'nun 135. maddesine 5353 sayılı kanun ile eklenmesinden sonra bu değişiklik doğrultusunda madde başlığında da değişiklik yapılması gerekirken, madde başlığında herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

5271 sayılı yasanın “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi” başlıklı beşinci bölümünün iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması başlıklı 135. maddesinde amaçları bakımından farklı iki tedbirin aynı madde içerisinde düzenlendiği görülmektedir. Bunlardan birincisi; yukarıda açıkladığımız şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişiminin tespit edilebilmesi, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesidir. Maddede aynı başlık altında düzenlenen tedbirlerden ikincisi ise; mobil telefonun yerinin tespit edilmesidir. Bu ikinci tedbirin yegane amacı şüpheli veya sanığın yerinin belirlenerek yakalanmasıdır. CMK'nun 135/4 hükmü uyarınca şüphelinin yakalanabilmesi için, mobil telefonun yeri, hakim ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararına dayanarak tespit edilebilmekte ve bu konuda verilen kararda mobil telefon numarası ve tespit işleminin süresi belirtilmektedir²³⁰. Bu ikinci belirttiğimiz tedbirin yegane amacı şüphelinin veya sanığın yerinin belirlenerek yakalanabilmesi olduğu halde, ilk tedbirin amacı delil elde etmektir. Kanımızca farklı

²²⁸ 26.01.2001 T. ve 24299 sayılı ÇASÖMY'nin 2/ son maddesinde dolaylı bir şekilde kayıt imkanından söz edilmekte ve bu kanunun uygulamasına ilişkin yönetmelikte iletişimin kayda alınabilmesine yer verilmekte idi. CMK'nda bu imkana doğrudan yasa metninde yer verilmiştir.

²²⁹ 25.05.2005 T. ve 5353 sayılı, Ceza Muhakemesi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun için bkz. 01.06.2005 T. ve 25832 sayılı R.G.

²³⁰ Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s.422.

amaçlara yönelik olan ve şartları bakımından da farklılıklar taşıyan bu tedbirlerin ayrı maddelerde düzenlenmesi gereklidir²³¹.

CMK’nda telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimden söz edilmekte iken 4422 sayılı ÇASÖMK’nda bunun yerine tedbire konu iletişim araçlarını sayma yoluna gidilmiştir. CMK’nda belirtilen iletişim kapsamına elbette telefon, faks, internet, teleks gibi iletişim araçlarıyla yapılan haberleşmeler girmektedir. Ayrıca CMK’nda ÇASÖMK’ndan farklı olarak iletişimin dinlenmesi ve tespit edilmesinden başka sinyallerinin değerlendirilmesi, iletişimin kayda alınması ve mobil telefon yerinin tespit edilmesi tedbirlerine yer verilmiştir. Bu noktada önemli olan iletişimin telekomünikasyon yoluyla yapılmasıdır. Posta yolu ile iletişimin denetlenmesinde kendi kuralları uygulanacağı gibi²³², telgraf yoluyla yapılan iletişim de niteliği gereği CMK’nun 135 ve devamı hükümleri kapsamında denetlemeye tabi tutulamayacaktır²³³.

IV. ADLİ AMAÇLI İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİNİN KOŞULLARI VE UYGULANMASI

A. ADLİ AMAÇLI İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİNİN KOŞULLARI

1.Genel Olarak

Tüm koruma tedbiri bakımından geçerli olan özellikler, adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından da geçerlidir. Kanunda bu özel ceza muhakemesi tedbiri bakımından öngörülen diğer şartların asıl amacı ise söz konusu tedbirin temel hak ve özgürlüklere, bu kapsamda özel hayatın gizliliğine ve haberleşme hürriyetine ağır bir müdahale teşkil etmesidir. Bu nedenle anılan tedbir oldukça sıkı şartlara bağlanmıştır. Teknolojik ve bilimsel gelişmeler sayesinde iletişime müdahale yöntemiyle bazı delillere ulaşma olanağının ortaya çıkması suçun ispatında önemli aşama olarak karşımıza çıkmakla birlikte, bu tedbirin kötüye kullanılabileceği şüphesi de her zaman göz önünde bulundurulmalıdır.

²³¹Aynı yönde; Özbek, Ceza Muhakemesi, s.42; Bu tedbirin ayrı bir iletişimin denetlenmesi tedbirinden çok iletişimin tespiti ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinin özel bir uygulama biçimi olarak düşünülebileceği yönündeki görüş için bkz. Şahin, Ceza Muhakemesi, s.265.

²³² Şen, Ersan, İletişimin Denetlenmesi Tedbiri, CHD, Y. 2, S. 4, Ağustos 2007 s.104.

²³³ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi, s.702.

Koruma tedbirleri ceza muhakemesinin yapılabilmesini, suçun yargılama aşamasında yeniden yaşatılmasını, yapılan muhakemenin sonucunda verilecek kararın kağıt üzerinde kalmamasını ve muhakeme masraflarının karşılanmasını sağlamak amacıyla, kural olarak ceza muhakemesinde karar verme yetkisine haiz olan yetkililer tarafından, gecikmede sakınca bulunan durumlarda geçici olarak başvuru; hükümden önce bazı temel hak ve hürriyetlere müdahaleyi gerektiren kanuni çareler olarak tanımlanmaktadır²³⁴. Bu amaçları gerçekleştirmek ise ceza muhakemesi sùjelerine, özellikle bir suç işlemiş olmakla suçlanan kişiye zor kullanılmasını zorunlu kılar²³⁵.

Yukarıda belirtildiğı üzere adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri bir koruma tedbiri olarak kabul edildiğinden koruma tedbirlerinin sahip olduğı ortak özellikler ve koşullar adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin de başlıca özelliklerini oluşturur. Bu nedenle adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin bir koruma tedbiri olması itibariyle taşıdığı başlıca özellikler şunlardır;

İletişimin denetlenmesi tedbiri diğerkoruma tedbirlerinde olduğı gibi hüküm verilmeden önce temel bir hakkı sınırlar. İletişimin denetlenmesi tedbirinin hükümden önce sınırladığı temel anayasal hak ise özel hayatın gizliliğı başlığı altında haberleşme hürriyetidir. Özel hayatın gizliliğine ağır bir müdahale niteliğı taşıyan iletişimin denetlenmesi tedbirinin zararlarını azaltmak ve kötüye kullanılmasını önlemek amaçlı 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı yasayla Anayasada değışiklik yapılarak Anayasal güvencelerin arttırılması yoluna gidilmiştir. Şöyle ki; haberleşme hürriyetini düzenleyen Anayasanın 22. maddesinde yapılan değışiklikle iletişimin denetlenmesi tedbirinin kural olarak hakim kararıyla yapılacağı ilkesi korunmuş, gecikmede sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınan mercinin yazılı emriyle tedbire başvurulabileceğı kabul edilmiştir. Anayasada gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yazılı emir ile tedbire başvurulabileceğinin öngörülmesi yeni bir güvence sağlamaya yöneliktir. Ayrıca yazılı emir gereğı başvuru olan iletişimin denetlenmesi tedbirinin belli bir süre içerisinde hakim onayına sunulması öngörölüp; aksi halde işleme yokluk müeyyidesi getirilmiştir. Haberleşme hürriyetinin sınırlandırılması sebeplerinin Anayasanın 22. maddesinde açıklıkla öngörülmesi iletişimin denetlenmesi tedbirinin sınırlayacağı Anayasal haklara güvence getirmeye yönelik olumlu bir düzenlemedir.

²³⁴ Taner, Ceza Muhakemeleri Usulü, s.131; Centel, Tutuklama, s.1; Tosun, Türk Suç Muhakemesi, s.818; Soyaslan, Ceza Muhakemesi, s.266.

²³⁵ Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s.325.

İletişimin denetlenmesi tedbiri geçicidir. Geçicilik; koruma tedbirine ceza muhakemesinin ve tedbire başvurulmasının amacına uygun düştüğü sürece başvurulabileceğini, bunlara gerek kalmadığında ise tedbirin kaldırılacağını ifade etmektedir. Bütün koruma tedbirleri geçicidir. Amacına ulaşıncaya derhal sona erer veya erdirilirler. Geçicilik özelliği koruma tedbirlerinin araç olma özelliğinin de bir sonucudur²³⁶. Koruma tedbiri ile amaçlananlar gerçekleştikten sonra tedbire devam edilmesi tedbiri hukuka aykırı hale getirir. Başvurulan koruma tedbirinin hüküm verilinceye kadar devam etmesi gibi bir kural olmadığı gibi uygulanması da sadece amacın gerçekleşmesi ile sınırlı olmak zorundadır²³⁷. Çoğunlukla kanunkoyucu amacın ne zaman gerçekleşmiş sayılacağını süreler öngörmek suretiyle belirtmektedir²³⁸. Örneğin telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından tedbire en çok 3 ay için başvurulabilmekte, bu süre 1 ay daha uzatılabilmektedir. Diğer yandan örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından gerekli görülmesi halinde, hakim sürenin 1 aydan fazla olmamak üzere müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilmektedir. CMK’nda tedbire başvurulması bakımından öngörülen bu süreler tedbirin geçici olma özelliğinin bir sonucudur. Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından sürenin birer aylık süreler dahilinde müteaddit kereler uzatılabilmesine imkan tanıyan hükmün uygulamasında da tedbirin geçici olma özelliği dikkate alınmalıdır. Diğer yandan koruma tedbirlerinin geçici olması yaptırım olmadıkları anlamına da gelir. Yaptırım olmayıp araç olma özelliği nedeniyle de bunlarda “ne bis in idem” kuralı uygulanamaz²³⁹. Örneğin bir kimsenin evinde arama yapılmış veya tutuklanıp salıverilmiş ve hakkında iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmuş olsun. Bu durumda koruma tedbirlerin bir arada ve aynı kişi üzerinde uygulanması söz konusudur ve mümkündür²⁴⁰.

Diğer koruma tedbirleri gibi iletişimin denetlenmesi tedbiri de araç olma özelliği gösterir. Ceza muhakemesinin yapılabilmesi çoğu kez koruma tedbirlerine başvurularak mümkün olmaktadır. Koruma tedbirleri ceza muhakemesinin maddi gerçeği bulma amacının yerine getirilmesi için araç olurlar. Bu tedbirler sayesinde delillere ulaşılır ve ulaşılan delillerin korunması

²³⁶ Yurtcan, Ceza Yargılaması, s. 317.

²³⁷ Cihan, Erol/Yenisey, Feridun, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1997, no.257.; Öztürk, Bahri, 2253 sayılı Çocuk Mahkemeleri Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Uygulamasında Ortaya Çıkan Muhakeme Hukuku Sorunları, Facultatis Decima Anniversaria, M.Ü. Hukuk Fakültesi 10. Yıl Adliye ve Çocuk Suçluluğu Sempozyumu, İstanbul 1993, s.194

²³⁸ Şahin, Ceza Muhakemesi, s.201.

²³⁹ 1973 yılında kanunumuza giren bu yaşayan hukuk normu 1412 sayılı CMUK’nun 253, 5271 sayılı CMK’nun ise 223. maddelerinde; “aynı konuda, aynı sanık için evvelce verilmiş bir hüküm varsa” şeklinde ifade edilmiştir. Yargı bulunmaması anlamına gelen bu norm; konusu, eylemi ve faili aynı olan bir davanın ikinci defa açılmaması anlamına gelmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Cihan, Erol/Yenisey, Feridun, Ne Bis İn İdem İlkesi, Prof Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004, s.219 vd.; Kunter/Yenisey, Ceza Muhakemesi, no.5.27.

²⁴⁰ Bkz. Centel, Tutuklama, s.150.

sağlanır²⁴¹. İletişimin denetlenmesi tedbiri bu yönüyle tüm koruma tedbirleri gibi ceza muhakemesinin yapılabilmesinin ve hüküm vermenin bir aracıdır. Diğer yandan koruma tedbirleri birbirlerini izledikleri için birbirlerinin aracı da olabilmektedirler²⁴². Örneğin telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen verilere dayalı olarak yakalama ve tutuklama tedbirine başvurulmasında iletişimin denetlenmesi tedbiri sonradan başvurulanan tedbirlerin aracı niteliğindedir. Yine arama yapılan konutta suçta delil olabilecek nesneler ele geçirildiğinde ve bunlara elkonulduğunda da arama tedbiri elkoyma tedbirinin aracı olmaktadır. Elkoymaya dönüşen aramada elkoymanın da müsadarenin aracı olduğu düşünüldüğünde bu durumda aramanın aracın aracı olması söz konusudur²⁴³.

Adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin koruma tedbiri olması itibariyle bazı önşartları da taşıması gereklidir. Gerçekten insan hak ve hürriyetlerine önemli sınırlama getiren iletişimin denetlenmesi tedbirinin haklı görülebilmesi, tüm koruma tedbirleri bakımından temel şart olarak da nitelendirilebilecek bazı önşartların gerçekleşmesine bağlıdır. Bu şartlar şu şekilde sıralanabilir;

İletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması için gecikmede tehlike ön şartının bulunması gereklidir. Tehlike bir zarar olasılığı demektir. Eğer bir koruma tedbirine başvurulmadığı takdirde, muhakeme için yapılmama, yapılsa bile gerçeği yansıtmama olasılığı mevcutsa gecikmede tehlike olduğu açıktır. Şayet böyle bir olasılık yoksa, koruma tedbirine başvurmaya gerek yoktur²⁴⁴. Şu halde; gecikmede tehlikeden söz edilebilmesi için ilgilinin (kural olarak Cumhuriyet Savcısının) yargı makamına başvurup karar aldıktan sonra tedbiri uygulamak istemesi halinde, o tedbirin uygulanamayacak yada beklenen yararı sağlamayacak olması söz konusudur²⁴⁵. Yasada özellikle savcının ve kolluğun bir koruma tedbirine başvurusu bakımından gecikmede sakınca biçiminde gecikmezlik şartına yer verilmekte ve bunların aslında hakime tanınmış olan yetkiyi kullanabilmeleri bu önkoşula bağlı tutulmaktadır²⁴⁶. Gecikmezlik şartı Anayasanın “haberleşme hürriyeti” başlıklı 22. maddesinde ve CMK’nun 135. maddesinde “gecikmede sakınca” şeklinde ifade edilmektedir. Kanunda özellikle ve istisnaen kullanılan sakınca terimi mahzur karşılığıdır ve tehlikeye nazaran anlamı çok geniştir. Nezaket kaidelerine aykırılık dahi sakınca kavramına girer.

²⁴¹ Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s.327.

²⁴² Yurtcan, Ceza Yargılaması, s.316.

²⁴³ Tosun, Türk Suç Muhakemesi, s. 679.

²⁴⁴ Tosun, Türk Suç Muhakemesi, s.826.

²⁴⁵ Yüce, Zorlayıcı Önlem Teorisi, s.72; Soyaslan, Ceza Muhakemesi, s.266; Kunter/Yenisay, C.II, no.44.3; Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s.327.

²⁴⁶ Yurtcan, Ceza Yargılaması, s.315.

Koruma tedbirleri için önşart olan gecikmezlik ise daha dar içerikli olup, ağır sakınca yani tehlikedir. Anayasada daha dar anlamı olan tehlike kavramını genişletmek için sakınca ifadesi kullanılmadığına göre, tehlike sayılmayacak derecede olan mahzurları, koruma tedbirlerine başvurulması için yeterli görmek doğru olmayacağından Anayasada ve CMK'nun 135. maddesinde “gecikmede tehlike” teriminin kullanılması daha olumlu olacaktır²⁴⁷.

İletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmasında tüm koruma tedbirlerinde bulunması gereken görünüşte haklılık önşartının da bulunması aranmalıdır. Koruma tedbirlerinde tehlike yakın olduğundan gecikmeye müsaade etmemektedir. Bu nedenle önleyici tedbirlerden farklı olarak koruma tedbirlerinde haklı görünüşle yetinilmektedir. Haklı görünüşten hakkın gerçekten mevcut olduğu konusundaki kuvvetli bir ihtimalin bulunması, dış görünüş itibariyle tedbirin haklı olması ve bunun haklılığı konusunda bir kanaatin oluşması anlaşılır. Görünüşte haklılık kanaatinin oluşması için bir hakkın tehlikede bulunduğunu gösteren olaylar bulunmalıdır. Bu olaylar soruşturma aşamasında şüphe sebebi teşkil eden olaylardır. Bu aşamada kesin ispat aranmaz, ilk bakışta haklılık ile yetinilir²⁴⁸. Bu konudaki değerlendirmeyi ise tedbire başvuran kişi yada makam yapar. Somut olaya göre haklı görünüş şartının gerçekleşip gerçekleşmediğini kural olarak hakim takdir eder. Görünüşte haklılık önkoşulu bakımından değerlendirme yapılırken henüz zararlı netice meydana gelmeden bir sonuca ulaşmak gerektiğinden, tamamen eldeki olanaklara göre bir değerlendirme yapılmaktadır²⁴⁹.

İletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulurken tüm koruma tedbirleri bakımından geçerli olan orantılılık (dar anlamda ölçülülük) ilkesine uygun olma önşartının da gerçekleşmiş olması gerekir. Beklenen yarardan çok zarar umuluyorsa gerekirse iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmamalı veya imkan varsa daha hafif bir koruma tedbirine başvurulmalıdır²⁵⁰. Başka bir deyişle; koruma tedbirine başvurmakla elde edilecek yarar ile, temel hak ve özgürlüğün kısıtlanması dolayısıyla ortaya çıkacak zarar arasında makul bir ölçü bulunması gerekir²⁵¹. Bu şekilde ikincilik

²⁴⁷ Kunter/Yenisay, Ceza Muhakemesi, s.663, 664.

²⁴⁸ Cihan/Yenisay, s.162.; Özbek, Ceza Muhakemesi, s.251; Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s.328.

²⁴⁹ Yurtcan, Ceza Yargılaması, s.316.

²⁵⁰ Erdem, Mustafa Ruhan, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda İletişimin Denetlenmesi, Hukuki Perspektifler Dergisi, S.3, Nisan 2005, s.106; Doktrinde; ölçülülük ilkesinin elverişlilik, gereklilik, dar anlamda orantılılık olmak üzere üç alt ilkesi bulunduğu ve amaca ulaşmak için daha hafif tedbire başvurulmasının gereklilik ilkesinin bir sonucu olduğu, bu ilkeye aykırılığın dolayısıyla ölçülülük ilkesine de aykırılık teşkil edeceği ifade edilmektedir. Bkz. Metin, Ölçülülük İlkesi, s.27-30.

²⁵¹ Doktrinde orantılılık ilkesi ferdin ihlal edilen menfaati ile, toplumun suçun koğuşturulmasından elde edeceği menfaat arasındaki denge olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Cihan/Yenisay, s.162; Tehlikenin az ise uygulanabileceği anlamına gelen tanımlama dengenin hangi yönlerden araştırıldığını göstermediği ve sadece ceza muhakemesi koruma tedbirlerini göz önünde tuttuğu için eleştirilmekte, koruma tedbirleri hukukun diğer

ilkesi de gözetilerek aşırılık yasağına uyulmuş olacaktır²⁵². Orantılılık ilkesi bu yönüyle ikincillik ilkesi ile iç içe geçmiştir ve iki ilke birbirinin tamamlayıcısı niteliğindedir²⁵³. Bu nedenle telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulurken tedbirin bir zorunluluğun sonucu olduğu dikkate alınmalı, iletişimin denetlenmesi tedbiri yerine başka bir koruma tedbirine başvurularak amaca ulaşılabiliriyorsa bu koruma tedbirine başvurulmalıdır. Bu konuda karar verecek olan ise kural olarak soruşturma organlarıdır. Ceza muhakemesinde başvuru koruma tedbirleriyle amaçlanan yakın tehlikenin doğurabileceği zarar ihtimalinden yani riskten muhakemeyi korumaktır. Araç ise koruma tedbiri dolayısı ile hak ve özgürlüklere yapılmak zorunda kalınan kısıtlamadır. Ölçülülük ilkesi bunların orantılı olmasını yani aralarında bir denge, uygunluk bulunmasını gerektirir. Bu da bedelin her seferinde hem tehlikeden, daha doğrusu ihtimali bizi korkutan zarardan daha değerli olmamasını, hem de hakkı aramayıp haklı görünüş ile yetinerek şüphe sebeplerine bakıldığından bu sebeplerin kuvveti ile bir orantı içinde olmasını, şüphenin kuvveti az ise ödenen bedelin de az olmasını gerektirir²⁵⁴. Koruma tedbirlerinde bulunması aranan orantılılık ilkesi kanunlarımızda da ifadesini bulmaktadır. Örneğin; CMK'nun 100/1 hükmünde yer alan; işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiriyle orantılı olmaması halinde tutuklama kararı verilemeyeceğine ilişkin düzenleme, sadece adli para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı bir yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemeyeceğini düzenleyen CMK'nun 100/4 hükmü, onbeş yaşını doldurmamış çocuklar hakkında üst sınırı beş yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren fiillerden dolayı tutuklama kararı verilemeyeceğine ilişkin düzenleme getiren 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunun 21. maddesi, telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından başka yollarla delil elde etme imkanının bulunduğu durumlarda bu tedbire başvurulmamasını öngörerek tedbirin ikincil niteliğini ortaya koyan CMK'nun 135/1 maddesindeki düzenleme orantılılık ilkesinin kanunlarımızdaki görünümü niteliğindedir.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinin içeriğinde farklı statüye sahip tedbirler yer almaktadır. Bunlar arasında belirttiğimiz üzere iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirleri uygulanma koşulları bakımından en sıkı şartlara tabi olan tedbirlerdir. Soruşturma aşamasında hakim tarafından verilen, ancak hukuka aykırı olan bir karara dayanılarak gerçekleştirilen iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen veriler koğuşturma aşamasında delil olarak kullanılamayacaktır. Zira bu delillerin

alanlarında da söz konusu olduğundan daha genel bir denge tanımına ihtiyaç olduğu belirtilmektedir. Bkz. Kunter, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.663, dn.380; Kunter/Yenisey, Ceza Muhakemesi, s.666, dn.18.

²⁵² Öztürk, Koğuşturma, s.73; Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi, s.487; Şahin, Ceza Muhakemesi, s.202; Özbek, Veli Özer, Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi, İzmir 1996, s.64 vd.

²⁵³ Bkz. Centel, Koruma Tedbirlerinde Gelişmeler, s. 93.

²⁵⁴ Özbek, Arama, s.33.

yargılama aşamasında kullanılması demokratik hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz²⁵⁵. Dolayısıyla telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen delillerin yargılama aşamasında delil yasakları ile karşılaşmadan kullanılabilmesi için, yasayla getirilen sıkı şartlara kesin olarak riayet edilmesi gereklidir. Çalışmamızda öncelikle iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirlerinin uygulanma koşullarını, daha sonra ise iletişimin tespiti, mobil telefonun yerinin tespiti ve diğer iletişim bilgilerinin istenmesine karar verilmesinin koşullarını açıklayacağız.

2. İletişimin Dinlenmesi Kayda Alınması ve Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi Tedbirlerinin Şartları

a. Tedbirin Uygulanacağı Suç Bakımından

aa. Genel Olarak

AİHM kararlarında da vurgulandığı gibi, telekomünikasyon araçlarıyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine ancak demokratik kurumları korumak bakımından mutlak zorunluluk bulunması koşuluyla başvurulabilir. Adli yada önleme amaçlı olarak hakim tarafından verilen ancak hukuka aykırı olan bir karara dayalı olarak gerçekleştirilen iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen veriler koğuşturma aşamasında delil olarak kullanılamaz. Bunun dışında tedbirin uygulama alanına girecek suçların da sınırlı tutulması zorunludur. Nitekim Batı Avrupa ülkelerinde bu tedbire başvurmak için belirli suç grupları, fiilin ağırlığı veya işlenme biçimi bakımından belirli koşullar aranmak suretiyle bu gereklilik göz önünde bulundurulmaktadır²⁵⁶. Adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin düzenlendiği CMK'nun 135 ve devamı hükümlerinde tedbirin uygulama alanı katalogta yer alan suçlarla sınırlandırılmıştır. CMK'nun 135/6 hükmünde sayılan katalog suçlara teşebbüs veya iştirak

²⁵⁵ Yenisey/Altunç, s.1308.

²⁵⁶ Erdem, Gizli Soruşturma Tedbirleri, s. 308 vd.; Katalog kapsamının belirlenmesinde ülkelerin izlemiş oldukları suç politikası ve kendilerine özgü sorunları önemli rol oynamaktadır. Örneğin; Güney Afrika'da iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanabileceği suçlar "ciddi suçlar" olarak nitelendirilmiş ve bu kapsamda bitki örtüsünün ve yaban hayatının korunmasının bu ülkede taşıdığı önem nedeniyle İletişimin Denetiminin Düzenlenmesi ve Bilgi ile İlişkili İletişime İlişkin Kanunun (Regulation of Interception of Communications and Provision of Communication-related information Act 2002 RICA) 63/13 maddesinde; ülkede ender bulunan koruma altındaki bitkiler ile yabani hayvanlara sahip olmak ve koruma altındaki bitki ve hayvanları bir yerden bir yere nakletmek suçu iletişimin denetlenmesi tedbiri kapsamına alınmıştır. Bkz. Kaymaz, İletişimin Denetlenmesi, s.142.

söz konusu olduğunda, bunlar suçun özel görünüş biçimi olduğu için, tedbirin uygulanması bakımından suçun teşebbüs aşamasında kalması veya iştirak halinde işlenmesi önem taşımamaktadır. Bununla birlikte bu suçlara ilişkin olarak hazırlık hareketleri aşamasında telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması, tedbire başvurulması için aranan şartlar ve özellikle de şüphenin kuvvet derecesi de dikkate alındığında olanaksızdır.

Hukukumuzda ilk kez iletişimin denetlenmesi tedbirinin düzenlendiği 4422 sayılı ÇASÖMK’nda, hakkında gizli soruşturma tedbirlerine başvurulacak suçlar açısından, karşılaştırmalı hukuktakinin aksine, ne katalog tarzı bir çözüm yolu öngörülmüş, ne de suçların ağırlığına göre bir ayırma gidilmiştir. Anılan kanunun 2. maddesinde düzenlenen “iletişimin dinlenmesi ve tespiti” tedbirinin uygulanması, bu kanunda öngörülen bir suçun bulunması koşuluna bağlı tutulmakta, 16. maddede bazı suçlar ayrıca gösterilmiş bulunmaktaydı. Oysa bu kanunda çıkar amaçlı suç örgütünü tanımlayan 1. madde belirlilik ilkesinin gereklerine uygun olmadığı için, bu tedbirin uygulanabileceği suçları önceden kesin biçimde ortaya koyma olanağı bulunmamaktaydı. Bu nedenle düzenleme hem kanunilik ilkesine aykırı olması, hem de bu şekilde ve amaçla işlenen tüm suçları kapsamına alması, nedeniyle eleştirilmekteydi²⁵⁷. Ayrıca düzenleme AİHM’nin temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı düzenlemelerde aradığı açıklık ve öngörülebilirlik kriterlerini de karşılamaktan uzaktı. Bunun yerine Alman CMUK’nda olduğu gibi katalog esasının getirilmesi önerilmekteydi²⁵⁸. Buna karşılık CMK’nun 135/6 hükmünde suç kataloğuna bir esneklik getirilmemiş, yalnızca tek tek sayılmak suretiyle gösterilen suçlar bakımından iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanmasına olanak sağlanmıştır.

CMK’nda yer alan telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirine konu suçlar bakımından dikkati çeken husus çıkar amacıyla yada örgütlü olarak işlenmelerinin zorunlu olmamasıdır. Katalogda sayılmış olup bireysel olarak işlenmiş kasten öldürme, işkence, cinsel saldırı suçları bakımından da tedbire başvurulması mevcut yasal düzenleme karşısında mümkündür. Diğer yandan katalogda yer alan suçların önemli bir kısmının da yine çıkar amaçlı ve/veya örgütlü olarak işlenen suçlar olduğu söylenebilir. Örneğin; göçmen kaçakçılığı, insan ticareti, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama, fuhuş suçları

²⁵⁷ Centel, Nur, Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu 2000 Tasarısına Eleştirel Yaklaşım, Mahmut Tevfik Birsel’e Armağan, İzmir 2001, s.508.

²⁵⁸ Erdem/Özbek, Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi, s.285.

gibi suçlar bu kapsamda değerlendirilebilir²⁵⁹. Katalog suç sistemini benimseyen Kanada ve Alman hukukunda da katalog kapsamında kişilerin hayatına, beden ve cinsel dokunulmazlığına yönelik suçlar ile delil elde etmenin güç olduğu terör, örgütlü suçlar, organize şekilde işlenen suçlar ve devletin güvenliği aleyhine işlenen suçlara yer verilmiştir²⁶⁰.

25.05.2005 tarih ve 5353 sayılı kanunun 17. maddesi ile CMK'nun 135/6 hükmünde değişiklik yapılarak bu hükümde yer alan “bu madde hükümleri” ifadesi, “bu madde kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler” şeklinde değiştirilmiştir. Bu nedenle CMK'nun 135/6 hükmündeki katalogda yer alan suçlarla sınırlı olarak uygulanabilecek tedbirler; iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi olarak kabul edilmelidir. Aynı madde kapsamında yer alan iletişimin tespiti ve mobil telefon yerinin tespiti tedbiri bu sınırlamaya dahil edilmemiştir. Bu itibarla katalog suçlara ilişkin sınırlamaya dahil edilmeyen iletişimin tespiti ve mobil telefonun yerinin tespiti tedbirinin herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın tüm suçlar bakımından uygulanma kabiliyeti bulunmaktadır.

bb. İletişimin Dinlenmesi Kayda Alınması ve Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi Kararı Verilebilecek Suçlar

İletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanabileceği suçların belirlenmesinde ülkelere göre farklı yaklaşımlar görülmektedir. Hemen hemen bütün Avrupa ülkelerinde oratılılık ilkesi doğrultusunda bu tedbire başvurmak için belirli suç grupları veya fiilin ağırlığı veya suçun işlenme biçimi bakımından belirli koşullar aranmaktadır²⁶¹. Bu itibarla her suç için bireylerin haberleşme özgürlüğüne müdahale edilmemektedir²⁶². Örneğin Alman CMUK'nun 100a maddesinde tedbire başvurulabilecek suçlar katalog halinde belirtilirken²⁶³, Polonya hukukunda belirli suçlar

²⁵⁹ Özbek, Ceza Muhakemesi, s.424.

²⁶⁰ Kanada Ceza Kanununda katalog şeklinde sayılan suçlarla, beş yıl ve daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlar bakımından iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması mümkün iken; kanunda yapılan değişiklikle cezanın miktarına ilişkin sınırlama ortadan kaldırılmıştır. Bkz. Özdoğan, Teknik Dinleme, s.137; Almanya'da Ceza Muhakemesi Yasasında 01.08.2008 tarihinde yapılan değişiklikle Alman CMK'nun 100a maddesinde katalog kapsamında yer verilen suçlar genişletilmiş ve katalog kapsamına yeni suçlar ilave edilmiştir. Alman CMK'nun 100a maddesinin çevirisi için; bkz. Feridun Yenisey'in yayınlanmamış çevirisi, aktaran Kaymaz, İletişimin Denetlenmesi, s.143, 144.

²⁶¹ Erdem, İletişimin Denetlenmesi, s.98.

²⁶² Sözüer, Özel Haberleşmenin Denetlenmesi, s.81.

²⁶³ Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s.418.; Yenisey, Feridun, Çıkar Amaçlı Örgüt Suçlarındaki Araştırmalar, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, C.II, Ankara 2000, s.119 vd.; Özdoğan, Ali, Alman ve Fransız Teknik Dinleme Mevzuatları, (www. egm.gov.tr/polis.dergisi.32.sayi.) E.T. 19.05.2008.; Alman CMUK'nun 100a, 100b ve 101. maddelerinde kitle haberleşme araçlarının dinlemeye alınması düzenlenmiştir. Alman CMUK'nun bu hükümleri

bakımından iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilmesine olanak tanınmıştır²⁶⁴. İtalya’da uyuşturucu maddeler ve patlayıcı maddelere ilişkin suçlarla, kaçakçılık ve telekomünikasyon araçlarının suç aracı olarak kullanıldığı suçlarda ceza miktarına bakılmaksızın iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması kabul edilmiştir²⁶⁵. Fransız CMK’nun 100. maddesinde ise; iletişimin denetlenmesi kararı verilebilmesi için tedbirin uygulanacağı suçun 2 yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektirmesi öngörülmüştür²⁶⁶. Avusturya hukukunda tedbire başvurulması bakımından iletişimin denetlenmesi tedbirine konu suçun kanunda öngörülen cezasının ağırlığı esas alınmıştır²⁶⁷. Avustralya’da ise telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirine konu olabilecek suçlar ayrıntılı bir şekilde düzenlenerek iki gruba ayrılmıştır. Birinci grupta; kamu düzenini daha çok ihlal eden ağır suçlara, ikinci grupta ise nispeten daha hafif suçlara yer verilmiştir. Birinci grupta yer alan suçlara ilişkin olarak iletişimin denetlenmesi kararı verilmesinde tedbirin temel hak ve özgürlüğe getirdiği sınırlamanın elde edilmesi beklenen fayda ile orantılı olmasına ilişkin değerlendirme yapılması aranmamaktadır. Kamu düzenini nispeten daha az ihlal eden ikinci grup suçlar bakımından ise; iletişimin denetlenmesi kararı verilirken suçun ağırlığı ile tedbirin uygulanması halinde ihlal edilecek hak ve menfaatin tartılması, suçun vahametinin kişinin özel hayatına yönelik müdahalenin ağırlığını karşılaması aranmaktadır²⁶⁸.

Anglo Sakson hukuk sisteminin doğduğu İngiltere’de iletişimin denetlenmesi tedbirine ulusal güvenlik gerekleri, ülkenin ekonomik refahı ve ciddi suçların önlenmesi veya ortaya çıkarılması için

13.08.1968 tarihinde yürürlüğe giren mektup, posta ve haberleşme sırlarının sınırlandırılmasını düzenleyen özel bir yasa ile Alman CMUK’na geçirilmiştir. Ayrıca zaman içinde de uygulamada rastlanan aksaklıklar nedeni ile bu maddelerde değişiklikler yapılmıştır. İletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanabildiği suçların düzenlendiği CMUK’nun 100a maddesinde yer alan suçlar gözden geçirildiğinde; bunların devlete karşı işlenen suçlarla, para ya da kıymetli evrak sahtekarlığı veya adam öldürme gibi ağır suçlar oldukları görülmektedir. Bkz. Yurtcan, Ceza Yargılaması, s.374, 375.

²⁶⁴ Polonya’da 1997 tarihli CMK’nun 237. maddesinde onsekiz başlık altında sınırlı sayıda gösterilen suçlar yönünden iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilmektedir. Bunlar; insan öldürme, genel güvenlik açısından tehlikeye ve felakete sebebiyet verme, insan ticareti, şantaj, yağma, casusluk gibi suçlardır. Bkz. Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s. 418.

²⁶⁵ Sözüer, Özel Haberleşmenin Denetlenmesi, s.107.

²⁶⁶ Coşkun, Enis, Küresel Gözaltı, Elektronik Gizli Dinleme ve Görüntüleme, Ankara 2000, s.183-188; Taşkın, İletişimin Denetlenmesi, s. 91.

²⁶⁷ Avusturya hukukunda bir yıldan fazla hapis cezası verilmesi ihtimali bulunan ve kasten işlenen suçlarda iletişim denetlenebilir (Avusturya CMK m.149a). Ayrıca ilgilinin rızası bulunduğu takdirde kanunda öngörülen cezasının alt sınırı altı ay veya daha fazla hapis cezasını gerektiren kasıtlı suçlarla sınırlı olması kaydıyla, iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilmektedir. Taksirli suçlar bakımından ise; iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması mümkün değildir. Teşebbüs aşamasında kalan suçların gerektirdiği cezanın iki yıldan fazla hapis cezası olması koşuluyla tedbire başvurulması mümkündür. Basın kuruluşları bakımından da ancak ömür boyu veya en az beş yıl hapis cezasını gerektiren suçlar bakımından tedbire başvurulabilmektedir. Nuhoglu, Ayşe, Adli Amaçlı Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi ile Teknik Araçlarla İzleme Tedbirine Konu Olan Suçlar, Yargı Dünyası, S.128, Ağustos 2006, s.10; Sözüer, Özel Haberleşmenin Denetlenmesi, s.100.

²⁶⁸ Wong, Thomas, Regulation Of Interception Of Communications in Selected Jurisdictions, s.41, 42, <http://legco.hk/yr04-05/english/sec/library/0405rp02e.pdf>. (E.T. 15.02.2009)

başvurulabilmesi kabul edilmiştir (RIPA 5 (3))²⁶⁹. Böylelikle iletişimin denetlenmesi tedbirinin başvurulabileceği suçların belirlenmesinde; hem suçların işleniş şekli ve nitelikleri, hem de kanunda öngörülen cezanın miktarı göz önünde bulundurulmaktadır. Diğer yandan koşulları oluşmasa da uluslararası karşılıklı yardım anlaşmaları çerçevesinde başka ülkeler tarafından yapılan talepler üzerine de iletişimin denetlenmesi tedbirine karar verilebilmektedir(RIPA m.5/b)²⁷⁰. İngiliz hukukunda adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri ile önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine aynı düzenleme altında olanak tanınması dikkat çekmektedir. Anglo Sakson hukuk sisteminin uygulandığı Amerikada ise; telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanabileceği suçlar ayrıntılı bir şekilde sıralanmış, ayrıca idam cezası veya bir yıl hapis cezasını gerektiren suçlar bakımından da iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmasına olanak tanınmıştır²⁷¹.

4422 sayılı ÇASÖMK'nun aksine, CMK'nun 135 ve devamı hükümlerinde suç kataloguna bir esneklik getirilmemiş, yalnızca tek tek sayılmak suretiyle gösterilen suçlar bakımından iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanmasına olanak tanınmıştır²⁷². Böylelikle CMK'nun 135/6 hükmünde tedbirin uygulama alanı ve katalogda yer alan suçlar sınırlandırılmış, ilerleyen bölümlerde de açıklanacağı üzere büyük ölçüde kanunilik, öngörülebilirlik ve belirlilik ilkeleriyle uyumlu bir düzenleme getirilmiştir²⁷³. Buna göre;

a) Türk Ceza Kanununda yer alan;

Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80),

Kasten öldürme (madde 81, 82, 83),

İşkence (madde 94, 95),

²⁶⁹ Ciddi suçlardan; en az yirmibir yaşında, sabıkasız bir kişinin işlemiş olduğu, üç yıl veya daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlarla, şiddet kullanma yoluyla önemli miktarda kazanç sağlayan suçlar veya çok sayıda kişinin iştirak halinde işlemiş olduğu suçlar anlaşılmaktadır (RIPA m.81).

²⁷⁰ Özdoğan, Teknik Dinleme, s.149; Sözüer, Özel Haberleşmenin Denetlenmesi, s.93.

²⁷¹ Sözüer, Özel Haberleşmenin Denetlenmesi, s.107.

²⁷² Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izleme tedbirinin uygulanabileceği suçlar bakımından da CMK'nun 139. ve 140. maddelerinde suçlar katalog halinde sayılmıştır. Ancak bu maddelerde yer alan suç listesi iletişimin denetlenebileceği katalog suç listesine göre daha dar tutulmuştur. Bunun sebebi telefonla görüşmelerde kişilerin 3. bir kişinin kendilerini dinleyebileceğini öngörerek konuşmalarıdır. Buna karşılık kişiler özellikle teknik araçla izleme tedbirinde kendilerinin izlendiği veya dinlendiğini öngörmedikleri için bu tedbirler için daha dar bir uygulama alanı tanınmıştır. Bkz. Nuhoglu, s.11; Nuhoglu, Ayşe, Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi, Sulhi Dönmezer Armağanı, C.II, Ankara 2008, s.1058, 1059.

²⁷³ Ölçülülük ilkesi bakımından temel hak ve özgürlüklerden özel hayatın gizliliğini ve haberleşme hürriyetini önemli ölçüde sınırlayan iletişimin denetlenmesi tedbirinin haklılığı, tedbirin uygulanabileceği suçların belirli açıklıkta ve ağırlıkta olmasına, aynı zamanda temel hak ve özgürlüğün sınırlanması ile feda edilecek değer, tedbire konu suçun faillerinin ve delillerinin ortaya çıkarılması ile elde edilecek faydadan daha fazla olmamasına bağlıdır.

Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, madde 102),

Çocukların cinsel istismarı (madde 103),

Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),

Parada sahtecilik (madde 197),

Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220),

Fuhuş (madde 227, fıkra 3)²⁷⁴,

İhaleye fesat karıştırma (madde 235),

Rüşvet (madde 252),

Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282),

Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315),

Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları.

b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları.

c) Bankalar Kanununun 22. maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu²⁷⁵,

d) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar²⁷⁶,

²⁷⁴ TCK'nun 227/3 hükmünde öngörülen fuhuş suçu 25/5/2005 T. ve 5353 sayılı yasanın 17. maddesi ile maddeye eklenmiştir.

²⁷⁵ Bu hüküm 25/5/2005 tarih ve 5353 sayılı yasanın 17. maddesi ile maddeye eklenmiştir. CMK'nun 135/6 hükmü kapsamına alınan suç 5411 sayılı Bankacılık Kanunun 160. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmektedir. Buna göre; "Faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen bir bankanın; hukuken veya fiilen yönetim ve denetimini elinde bulundurmış olan gerçek kişi ortaklarının, kredi kuruluşunun kaynaklarını, kredi kuruluşunun emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde doğrudan veya dolaylı olarak kendilerinin veya başkalarının menfaatlerine kullandırmak suretiyle, kredi kuruluşunu her ne suretle olursa olsun zarara uğratmaları zimmet olarak kabul edilir. Bu fiilleri işleyenler hakkında on yıldan yirmi yıla kadar hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezasına hükmolunur; ancak, adli para cezasının miktarı bankanın uğradığı zararın üç katından az olamaz. Ayrıca, meydana gelen zararın müteselsilen ödettirilmesine karar verilir". Aynı Kanunun 166. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde ise; bu suçun soruşturulması için CMK'nun 135-138. maddelerinde yer alan tedbirlerin uygulanabileceği belirtilmektedir.

²⁷⁶ Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda düzenlenen suçlardan hangilerinin iletişimin denetlenmesi kapsamında olduğu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Nuhoğlu, s.11

e) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74. maddelerinde tanımlanan suçlar bakımından dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilendirilmesi tedbirine başvurulabilir.

Bu bağlamda sözgelimi suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu (TCK m. 220) veya silahlı örgüt suçu (TCK m. 314) için tedbire başvurulabildiği halde, bu örgütler bünyesinde işlenen suçların aydınlatılması için, bunlar CMK'nun 135/6 hükmünde sayılan diğer suçlar arasında açıkça gösterilmiş olmadıkça, iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirlerine başvurulamayacaktır.

CMK'nda katalog halinde sayılan suçlar incelendiğinde bu suçların çıkar amaçlı yada örgütlü suç olmasının aranmadığı, bireysel olarak işlenen suçlarla ilgili olarak da gerektiğinde bu tedbirlere başvurulabildiğinin benimsendiği görülmektedir. 25.05.2005 tarih ve 5353 sayılı yasanın 17. maddesi ile CMK'nun 135/6 maddesinde yer alan “bu madde hükümleri” ifadesi “bu madde kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler” olarak deği tirilmi tir. Bu nedenle katalogdaki suçlarla sınırlı olarak uygulanabilecek tedbirler iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirleriyle sınırlıdır. Anılan madde kapsamında yer alan mobil telefonun yerinin tespiti ve iletişimin tespiti tedbirlerinin uygulama alanı bulacağı suçlar bakımından bir sınırlamaya tabi tutulmaksızın tüm suçlar bakımından uygulanma kabiliyeti bulunmaktadır²⁷⁷. Bu itibarla; 5353 sayılı yasanın 17. maddesinde yapılan değişiklikle iletişimin tespiti ve mobil telefonun yerinin tespiti tedbirlerinin uygulanması bakımından katalog suç sınırlaması bulunmadığından her tür suç bakımından iletişimin tespiti ve mobil telefonun yerinin belirlenmesi tedbirine, şartları olduğu taktirde başvurulabilmesi m mk nd r²⁷⁸.

CMK'nun 135/6 hükmünde sayılan suçların teşebbüs aşamasında kalması veya iştirak halinde işlenmiş olması, tedbirin uygulanması bakımından önem ta ımaz²⁷⁹. Ancak hazırlık hareketleri aşamasında tedbire başvurulması, tedbire başvurulması için aranan şartlar da dikkate

²⁷⁷ Aynı yönde bkz.  zbek Veli  zer/Kanbur, Nihat M./Bacaksız, Pınar/Doğan Koray, Ceza Muhakemesi Hukuku Bilgisi, Ankara 2007, s.261;  zbek, Ceza Muhakemesi, s. 424;  ahin, Ceza Muhakemesi, s.92.

²⁷⁸ Yargıtay bir kararında; “5353 sayılı kanunun 17. maddesiyle değişik CMK'nun 135/6 fıkrasında bu madde kapsamında ‘dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine’ ilişkin hükümlerin fıkrada sayılan katalog suçlarla ilgili uygulanabileceği öngörülmüştür. Soruşturma evresinde şüphelinin kullandığı telefonuyla yaptığı görüşmelere ilişkin detay bilgilerin, yani telefonla yapılan bağlantıların kimlerle ve ne zaman yapıldığının belirtilmesi anlamına gelen “tespit” yukarıda belirtilen CMK'nun 135/1. maddesi uyarınca hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde C. Savcısının kararıyla mümkün olacaktır” gerekçesi ile iletişimin tespiti tedbirine CMK'nun 135. maddesinde öngörülen usule göre ve katalog suçlarla sınırlı kalınmaksızın başvurulabileceği sonucuna ulaşmıştır. (Yrg. 5. CD.'nin 03.10.2005 T. 2005/14969E., 2005/20489 K. Sayılı ilamı) (Yayınlanmamış Yargıtay Kararı)

²⁷⁹ Erdem, İletişimin Denetlenmesi, s.98.

alındığında olanaksızdır²⁸⁰. Bir kişi tarafından işlenebilen bir suçun, birden fazla kişinin önceden işbirliği yapmaları sonucunda gerçekleştirilmesi halinde failler arasında iştirakin bulunduğundan söz edilir²⁸¹. Bu iştirak hali doktrinde geçici veya muhtemel iştirak hali olarak adlandırılmaktadır. Yasadaki suç tanımından, suçun oluşabilmesi için birden çok kişinin fail olması gerektiğinin anlaşıldığı durumlarda ise çok failli suç söz konusu olmaktadır²⁸². Katalogda yer alan suçların birden fazla kişi tarafından çok failli suç veya geçici iştirak halinde işlenmesi durumunda suça iştirak eden şeriklerden her birinin iletişiminin denetlenmesinin mümkün olduğu hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Ancak iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanabileceği katalog suçların işlenmesinden sonra, suçun işlenişine herhangi bir şekilde iştirak etmeksizin (suç öncesi aşamada veya suç işlenirken işbirliği iradesi olmadan), suçun failinin veya faillerinin olaydan sonra kaçmasına yardım eden veya gizleyen kişinin eyleminin suça iştirak değil, TCK'nun 283. maddesinde düzenlenen suçluyu kayırma suçuna vücut verdiğinden katalog kapsamında yer almayan bu suç bakımından iletişimin dinlenmesi, kaydedilmesi ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirlerine başvurulması mümkün değildir²⁸³.

İletişimin denetlenmesi tedbiri kapsamında iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirlerinin uygulama alanının CMK'nun 135/6 hükmündeki katalogda yer alan suçlarla sınırlı olduğunu belirttik²⁸⁴. Doktrinde; söz konusu tedbirlerin amacının ilk planda organize suçlulukla daha etkili mücadele olduğu, ancak organize suçluluğun üzerinde herkesin uzlaştığı bir tanımı bulunmadığı göz önünde bulundurulduğunda, bunun gerek normun açıklığı ve gerekse orantılılık ilkesi açısından bünyesinde barındıracağı sakıncalar gözardı edilmemekle birlikte, değişen suç stratejilerine uyum sağlamak için katalogun esnek biçimde

²⁸⁰ Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi, s.598.

²⁸¹ Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.II, İstanbul 1999, s.446.

²⁸² Centel, Nur/ Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2005, s.511; Sancar, Türkan Yalçın, Çok Failli Suçlar, Ankara 1998, s.26, 30.

²⁸³ Bkz. Hakeri, Hakan, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununda İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.1, 2006, s.24.; Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi, s.176; Kaymaz, İletişimin Denetlenmesi, s.150, 151.

²⁸⁴ Doktrinde bir görüşe göre; 5271 sayılı CMK'nun mevcut haliyle uzun süre yürürlükte kalması zordur. İlerleyen dönemde istisnai olarak verilen iletişimin denetlenmesi yetkisinin kullanılabileceği katalog suçların listesinin genişletildiği, verilen hak ve özgürlüklerin de özellikle terör ve diğer organize suçlarla mücadele adına kısıtlandığı bir süreç ortaya çıkacaktır. Yada, terör veya organize suçlarla mücadele için çıkarılacak alternatif bir kanun ile kolluğa yeni ve daha sert yetkiler verilecek, CMK'nda şüpheli ve sanıklara verilen haklar organize çalışan ve suç işlemede uzmanlaşmış kişiler açısından sınırlanacaktır. Günümüzde organize suç örgütleri bir ülkenin iktidarını belirleme, ülkenin bir kesimini diğer kesimi ile karşı karşıya getirerek iç savaş ortamını hazırlayabilecek eylem gerçekleştirme gücüne ulaştıklarından; şüpheli veya sanık güçüzdür, güçlü olan devlet karşısında korunmalıdır, şeklindeki 1960'lı yılların anlayışı örgütlü suçların failleri bakımından geçerliliğini yitirmiştir. Eryılmaz, Mesut Bedri, Suçla Mücadele Politikası Açısından Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, ABD, S.2006/3, s.67.

formüle edilmesinin zorunlu olduğu belirtilmektedir²⁸⁵. Diğer yandan sınırlı sayıdaki katalog suçlar arasında özellikle iletişim araçlarının kullanılmasıyla yaygın olarak işlenen şantaj, tehdit, hakaret, cinsel taciz, hırsızlık (mobil telefon hırsızlığı) gibi suçlara yer verilmemiş olmasının önemli bir eksiklik olduğu ve katalog suçların genişletilmesi gerektiği ileri sürülmektedir²⁸⁶.

aaa. Örgüt Suçları ve Örgüt Faaliyeti Kapsamında İşlenen Suçlar

İletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirlerinin sadece CMK'nun 135/6 hükmünde öngörülen suçlarla sınırlı olduğunu belirttik. Bu kapsamda örgüt kurma suçu (TCK m.220), silahlı örgüt suçu (TCK m.314) veya bu örgütlere silah sağlama suçu (m.315) için bu tedbire başvurulabildiği halde, bu örgütler bünyesinde işlenen araç suçların aydınlatılması için, bu suçlar CMK'nun 135/6 hükmünde sayılan diğer suçlar arasında açıkça gösterilmiş olmadıkça iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulamayacaktır²⁸⁷. Doktrinde; “örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suç” kavramının belirgin ölçütleri olmadığı, bu nitelikteki suçlarla ilgili olarak iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilmesinin keyfiliğe yol açacağı ifade edilmektedir²⁸⁸. Bunun aksi bir yorum, bu tedbirin uygulama alanının son derece genişlemesine

²⁸⁵ Erdem, Mustafa Ruhan, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/115.doc, s.3 (E.T. 01.04.2007). Organize suçluluğa ilişkin olarak herkesin üzerinde uzlaştığı bir tanım bulunmamasının sebebi, her ülkedeki organize suçluluğun farklı yapısal özellikler göstermesidir. Örneğin; İtalya ve Amerika’da ortaya çıkan mafya tipi suçluluk Almanya’da aynı şekilde ortaya çıkmamaktadır. Doktrinde bir tanıma göre organize suçluluk; münferiden veya topluca, yüksek bir öneme haiz suçların belli bir plana göre, birçok kişi tarafından, uzun veya belirsiz bir süre ile, iş bölümü esaslarına göre, mesleki veya ticari benzeri yapıların kullanılması veya cebir yada korkutucu diğer araçların kullanılması yoluyla veya siyaset, basın, kamu idaresi, adliye ve ekonomi üzerinde etkiye bulunarak kazanç veya güç elde edilmesidir. Sözüer, Organize Suçlulukla Mücadele, s.256.; Diğer bir tanıma göre ise organize suçluluk; genel anlamda birden fazla kişinin hiyerarşik düzende, disiplinli, sürekli, kamu düzenini bozduğu varsayılan, aynı amaca yönelik suçları işlemek için oluşturdukları örgütlenmedir. Özek, Organize Suç, s.195.

²⁸⁶ Özbek, Ceza Muhakemesi, s. 424; Şen, İletişimin Denetlenmesi, s.110; Doktrinde; CMK’nun 135. maddesinin 6. fıkrasının (a) bendinin 8. alt bendinde yer alan; “suç işlemek amacıyla örgüt kurmak” fiiline yer verilerek deyim yerinde ise “torba hüküm” öngörüldüğü ve bu yolla bir yandan haberleşme hürriyetine önemli bir sınırlama getirildiği, diğer yandan da gerçekten iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmasına ihtiyaç duyulan suçlar bakımından kanunkoyucunun sessiz kaldığı ifade edilerek bu tercihin ciddi bir çelişki ve yetersizliği gündeme getirdiği ileri sürülmektedir. Bkz. Şen, Telefon Dinleme, s.59.

²⁸⁷ Erdem, İletişimin Denetlenmesi, s.98.

²⁸⁸ Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi,s.597. Yargıtay suç işleme amacıyla örgüt kurmak suçunun unsurlarını şu şekilde açıklamaktadır; “5237 sayılı TCK'nun 220. maddesinde düzenlenen suç işlemek için örgüt kurmak suçunun işlendiğinin ve örgütün varlığının kabul edilebilmesi için; üye sayısının en az üç kişi olması, üyeler arasında soyut bir birleşme değil gevşek de olsa hiyerarşik bir ilişkinin bulunması, suç işlenmesi bile suç işlemek amacı etrafında fiili bir birleşmenin olması, niteliği itibariyle devamlılık göstermesi gereklidir. Örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından, amaçlanan suçları işlemeye elverişli olması da aranmalıdır. Örgüt yapılanmasında işlenmesi amaçlanan suçların konu ve mağdur itibariyle somutlaştırılması mümkün, ancak zorunlu değildir. Soyut olarak sanık sayısının üç kişi veya daha fazla olması örgütün varlığının kabulü için yeterli olmayıp bu durumda iştirak ilişkisinden söz edilebilir.

Örgüt üyesi olmamakla birlikte örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işleyen kişi, hem işlediği suçtan hem de örgüte üye olmak suçundan ayrı ayrı cezalandırılır”. Yrg. CGK.’nın 03.04.2007 T., 2006/10-253 E. ve 2007/80 K. sayılı ilamı (Yayınlanmamış Yargıtay Kararı).

neden olabilir. Ceza muhakemesinde kıyas yapılması mümkün ise de katalogda sayılan suçların kıyas yoluyla temel hak ve hürriyetler aleyhine genişletilmesi mümkün değildir²⁸⁹.

Kanunkoyucu açıkça iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirlerinin uygulanabileceği suçları saymıştır. Bu nedenle katalog dışında yer alan suçlar bakımından bu tedbirlere başvurulamaz. Kanımızca örgüt bünyesinde işlenen suçlarla ilgili olarak, bu tedbirlerin uygulanmasına izin veren açık bir düzenleme bulunmadığından örgüt bünyesinde işlendiği gerekçesiyle bazı suçların denetleme kapsamına alınması yerinde değildir. Ancak örgüt kurma veya silahlı örgüt suçlarına ilişkin olarak verilen karar doğrultusunda iletişimin dinlenmesi, kayda alınması veya sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirine başvurulurken hakkında dinleme kararı bulunmayan birinin CMK'nun 135/6 hükmünde yer alan katalog suçlardan birisini işlediği anlaşılırsa, bu yolla elde edilen delilin de yeni bir soruşturmada yada muhakemede delil olarak kullanılabilmesi gereklidir.

bbb. 5532 Sayılı Terörle Mücadele Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla Eklenen Katalog Suçlar

İletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirlerine ilişkin olarak tedbirlere başvurulabilecek katalog suçların belirtildiği CMK'nun 135/6 hükmünde; suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna yer verilen bentte TCK'nun 220. maddesinin iki, yedi ve sekizinci fıkralarının bu tedbirler yönünden hariç tutulduğu görülmektedir²⁹⁰. Bu fıkraların söz konusu tedbir yönünden hariç tutulması doktrinde eleştirilmiştir²⁹¹.

²⁸⁹ Nuhoğlu, s.12; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi, s.708. Doktrinde bir görüşe göre; bazen katalogda yer almayan bir suç bakımından da bu tedbirler dolaylı olarak uygulanabilir hale gelebilir. Örneğin; suç işlemek için örgüt kurma (TCK m.220) suçuna ilişkin olarak yürütülen soruşturmada telefon dinlenirken, hakkında dinleme kararı bulunmayan birinin örgüte üye olduğundan (TCK m.220/2) veya örgüte yardım ettiğinden (TCK m.220/7) veya tehdit (TCK m.106) veya şantaj (TCK m.107) suçunu işlediğinden söz edilirse, bu suretle kayıt altına alınan bilgiler yeni bir soruşturmayı başlatmak için kullanılabilir ve muhakemede delil olarak kullanılabilir. Bkz. Şahin, Ceza Muhakemesi, s.269; Bir başka görüşe göre ise; örgüt bünyesinde işlenen suçlarla ilgili olarak elde edilen delillerin kullanılması konusunda açılan davanın esas alınması gerekir. Buna göre; kamu davası, amaç suçun örgütlü işlenmesiyle ilgili açılmışsa, iletişimin denetlenmesinin hukuka uygun olduğunun kabul edilmesi gerekir; buna karşılık açılan dava örgütlü suça ilişkin olarak açılmamışsa iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen bilgilerin delil olarak kullanılamaması gerekir. Bkz. Şen, İletişimin Denetlenmesi, s.111.

²⁹⁰ TCK'nun 220. maddesinin iletişimin denetlenmesi tedbiri yönünden hariç tutulan ikinci fıkrasında; "Suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgüte üye olanlar..." yedinci fıkrasında; "örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişi..." sekizinci fıkrasında "örgütün veya amacının propagandasını yapan kişi ..." hakkında düzenlemeler getirilmiştir.

²⁹¹ Bkz. Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi, s.217; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.708. Aksi görüşe göre ise; bu konudaki eleştiriler yerinde değildir. Eğer hariç tutulan fıkralar da denetleme kapsamına alınırsa, zorunlu hallerde, sınırlı olarak başvurulması öngörülen bu tedbir çok geniş bir şekilde uygulanır hale gelecektir. Bu durumda örgüt kuran veya yönetenlere ulaşamayan kolluk, bunlara ulaşabilmek için çevredeki

29.06.2006 tarih ve 5532 sayılı Terörle Mücadele Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla sözünü ettiğimiz sınırlama kısmi olarak kaldırılmıştır. Gerçekten 5532 sayılı yasanın soruşturma ve kovuşturma usulü başlıklı 10. maddesinde bu kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 250 ilâ 252. maddelerinde hüküm bulunmayan hususlarda, diğer hükümlerinin uygulanacağı hüküm altına alındıktan sonra istisnai olarak aynı hükmün (f) bendinde; "Ceza Muhakemesi Kanununun 135 nci maddesinin altıncı fıkrasının (a) bendinin (8) numaralı alt bendindeki, 139 uncu maddesinin yedinci fıkrasının (a) bendinin (2) numaralı alt bendindeki ve 140 ncı maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin (5) numaralı alt bendindeki istisnalar uygulanmaz." hükmü getirilerek TCK'nun 220. maddesinin iki, yedi ve sekizinci maddelerinde öngörülen suçlar için de iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabileceği hükme bağlanmıştır. Burada dikkat edilmesi gereken husus bu fıkralarda öngörülen suçlarla ilgili olarak iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilecek suçların terör suçu yada terör amacıyla işlenen suçlar oluşudur²⁹². Kanımızca 5532 sayılı yasayla getirilen düzenleme iletişimin denetlenmesi koruma tedbirine başvurmakla elde edilecek yarar ile, temel hak ve özgürlüğün kısıtlanması dolayısıyla ortaya çıkacak zarar arasında, günümüz şartları da dikkate alındığında, makul bir ölçüyü taşıdığından ölçülülük ilkesini zedelememektedir. Bu itibarla getirilen düzenleme sadece terör suçlarını kapsamına alarak sınırlı uygulama alanı oluşturması bakımından olumlu bir düzenlemedir.

5532 sayılı yasanın terörün finansmanı başlıklı 8. maddesi ile terörizmin finansmanı suçu mevzuatımıza girmiştir²⁹³. Bu suçun aydınlatılması amacıyla CMK'nun 135. maddesinde yer alan diğer şartlar oluşsa dahi katalog suçlar arasında sayılmadığı için iletişimin dinlenmesi, kayda

herkesin örgüte üye olduğu gerekçesiyle iletişimin denetlenmesi yoluna gidebilecektir. Bkz. Taşkın, İletişimin Denetlenmesi, s.95.

²⁹² 15.7.2003 T. ve 4928 sayılı yasanın 20. maddesi ile değişik 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 1. maddesinde terörün tanımı yapılmıştır. Buna göre terör; "Cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir". Bu tanımdan hareketle terör örgütü ise; 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 1. maddesinde yazılı amaçları gerçekleştirmek için cebir ve şiddet kullanarak, baskı, korkutma, yıldırma, sindirme ve tehdit yöntemleriyle suç işlemek için kurulan silahlı örgüt olarak tanımlanabilir. Bkz. Özgenç, İzzet, Terörle Mücadele Kanunu, Ankara 2006, s.62 vd.

²⁹³ 29.06.2006 tarih ve 5532 sayılı yasanın 8. maddesine göre; "Her kim tümüyle veya kısmen terör suçlarının işlenmesinde kullanılacağını bilerek ve isteyerek fon sağlar veya toplarsa, örgüt üyesi olarak cezalandırılır. Fon, kullanılmamış olsa dahi, fail aynı şekilde cezalandırılır. Bu maddenin birinci fıkrasında geçen fon; para veya değeri para ile temsil edilebilen her türlü mal, hak, alacak, gelir ve menfaat ile bunların birbirine dönüştürülmesinden hasıl olan menfaat ve değeri ifade eder".

alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirlerine başvurulması imkanı bulunmaması mevzuatımızdaki önemli bir eksiklik²⁹⁴.

ccc. 5353 Sayılı Kanunla Eklenen Katalog Suçlar

5353 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, CMK'nun 135. maddesinde sayılan katalog suçlar arasına, Türk Ceza Kanunun 227. maddesinde düzenlenen fuhuş (TCKm.227/3) suçu eklenmiştir²⁹⁵. Bu doğrultuda fuhuş amaçlı insan ticareti suçlarına ilişkin olarak delillerin elde edilmesinde iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilecektir.

5353 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla CMK'nun 135/6 hükmünde yer alan katalog suçlara eklenen diğer bir hüküm de yukarıda belirtildiği üzere 18.06.1999 tarih ve 4389 sayılı Bankalar Kanununun 22. maddesinin 3 ve 4. fıkralarında düzenlenen zimmet suçudur. 4389 sayılı yasanın 19.10.2005 tarih ve 5411 sayılı Bankacılık

²⁹⁴ Terörle Mücadele Kanununda yer alan terör suçu veya terör amacıyla işlenen suçlarda tedbirin uygulanamayacağı ve bunun önemli bir eksiklik olduğu hk. bkz. Nuhoğlu, s.12; Yargıtay 8. Ceza Dairesinin terör suçu kapsamında verilen iletişimin denetlenmesi kararına ve bu yolla elde edilen verilere dayalı olarak 4422 Sayılı ÇASÖMK'nun yürürlükte olduğu dönemde alınan iletişimin denetlenmesi kararının ve bu karara dayalı olarak elde edilen delillerin hukuka uygun olduğunu kabul edip, bu delillere dayalı olarak bazı sanıkların mahkumiyetine dair yerel mahkeme kararının oyçokluğu ile onanmasına karar verdiği ilamda muhalif üye Hamdi Yaver Aktan'ın muhalefet şerhi dikkat çekicidir. Buna göre; “dinleme kararlarında toplam 25 adet telefonun dinlenmesine ve bu telefonların 10 adedi hakkında da dinlemelerin uzatılmasına karar verilmiştir. Öncelikle belirtmeliyim ki, kararların hiçbirisinde şüpheli ismi mevcut olmadığı gibi, telefonların hangi şahıs veya şahıslar tarafından kullanıldığı da belli değildir. Bu şahıs ya da şahısların özel soruşturma usullerine tabi olup olmadıkları ve dolayısıyla Mahkemenin yetkili olup olmadığı dikkate alınmamıştır. ... 4422 sayılı Yasanın yürürlükte olduğu dönemde dinleme kararının verilmiş olması karşısında, söz konusu yasanın 2. ve 16. maddelerine göre değerlendirme yapıldığında, göçmen kaçakçılığı suçunun dinlemeye elverişli suç olmadığı ortaya çıkmaktadır. ... Kaldı ki, dinlemeye elverişli olmayan göçmen kaçakçılığı suçunu ortaya çıkarabilmek için önce terör suçu kapsamında soruşturma yapılacaktı gibi bir izlenim verip dinleme kararı talep edilmesi ve buna göre dinleme kararı verilmesi kanuna karşı hile yoluna gitmektedir. Ayrıca, görülmektedir ki dosyada, terör suçuna ilişkin hiçbir soruşturma bulunmamaktadır.

... Katalog suç kapsamında bulunması halinde dahi, ancak koşulları bulunduğu taktirde dinleme kararı verilebilir. Ayrıca, dinleme konusunda ilgili yönetmelik hükümleri de dikkate alınmalıdır. ... Bu iki kural birlikte değerlendirildiğinde, şüpheliler belli olmadığı halde, kime ait olduğu bilinmeyen telefonların dinlenmesine, suç dinlemeye elverişli olsa dahi karar verilemez ... 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda göçmen kaçakçılığı suçunun dinlemeye elverişli katalog suç kapsamına alınmış olması da (CMK m.135/6, a.1) önceki usulsüz dinlemeyi yasal hale getirmez. Kanuna karşı hile kanunla meşru kılınmaz... Bir ülkenin demokratik ülke olup olmadığını görmek için ceza yargılama normlarına ve uygulamasına bakılması gerektiği unutulmamalıdır. Yasalardaki hükümlere ve bu hükümlerin emredici olmalarına karşın, tam tersi uygulama yapılmakta ve böylece kanuna karşı hile yoluyla kanıt toplanmakta ise, bu kanıtların sözde kanıt olacağı unutulmamalıdır... Elde edilen iletişim tutanaklarından hareketle sorgulama yapılarak, elde edilen ikrar veya dolaylı ikrarın, hukuka aykırı kanıtların uzak etkisi gereği geçerli olamayacağı gözetilmek suretiyle mahkumiyetlerine karar verilen tüm sanıkların beraatlarına, usulsüz dinleme talep eden, bu talebe katılan ve nihayet bu kararları veren kolluk görevlileri, cumhuriyet savcısı ve yargıçlar hakkında yasal işlemler yapılmak üzere suç duyurusu yapılması gerektiği düşüncesiyle, mahkum olan sanıklar hakkında atılı suçun kanıtlandığına ilişkin çoğunluk kararına katılmıyorum.” şeklinde kanaatini ifade ederek karara muhalif kalmıştır. Bkz. Yrg. 8. C.D.'nin 23.01.2007 T. , 2006/8117E. ve 2007/320 K. sayılı kararı (Yayınlanmamış Yargıtay kararı) Ayrıca bkz. Yrg. 8. C.D.'nin 25.03.2007 gün, 2007/11831 E.ve 2008/2803 K. sayılı kararı.

²⁹⁵ TCK'nun 227/3 hükmüne göre; “Fuhuş amacıyla ülkeye insan sokan veya insanların ülke dışına çıkmasını sağlayan kişi hakkında ... cezaya hükmolunur”.

Kanununun 168. maddesiyle, 5411 sayılı kanunun geçici maddelerindeki düzenlemeler hariç olmak üzere, ek ve değişiklikleri ile birlikte yürürlükten kaldırılması karşısında bu suç 5411 sayılı Bankacılık Kanunun 160. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiştir²⁹⁶. Aynı yasanın 166. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde ise bu suçun soruşturulması için CMK'nun 135-138. maddelerinin uygulanabileceği ayrıca belirtilerek telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmasına imkan tanınmıştır. Bu itibarla yürürlükteki mevzuat karşısında CMK'nun 135/6 (c) hükmünde yer alan düzenleme işlevini yitirmiştir.

cc. Suç Vasfının Değişmesi

İletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin olarak verilen kararın uygulanması sırasında, suç vasfının değişmesi halinde izlenecek yöntem hakkında mevzuatımızda bir düzenleme bulunmamaktadır. Örneğin TCK'nun 252. maddesinde yer alan rüşvet suçundan dolayı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulurken, bu suçun TCK'nun 257. maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçuna girdiğinin anlaşılması yada suçtan doğan malvarlığı değerlerini aklama suçundan dolayı iletişimin denetlenmesi tedbiri uygulanırken, bu suçun hırsızlık suçu olduğunun anlaşılması halinde izlenecek yöntemle ilişkin olarak mevzuatımızda bir düzenleme bulunmamaktadır. Diğer bir ihtimal ise; suç vasfı değişmekle birlikte ortaya çıkan suçun katalogda sayılan diğer bir suç kalıbına girmesi halidir.

Suç vasfı değiştiğinde yeni suç, katalog harici bir suçla dönüşmüşse, tedbirin derhal sona erdirilmesi gereklidir. Zira; bu suç bakımından iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması mümkün olmadığından elde edilen delil de yargılama aşamasında değerlendirilemeyecektir²⁹⁷.

Diğer yandan suçun vasfı değiştirmesi sonucu yeni suçun katalog dahilinde yer alan diğer suçlardan olduğunun anlaşılması halinde ise tedbire derhal son verilerek yeni suç tipine göre iletişimin denetlenmesi koşulları ele alınarak, şayet şartları oluşmuşsa yeni bir iletişimin denetlenmesi kararı verilmelidir. Aksine bir yaklaşım ve uygulama kanunla getirilen sıkı koşulların dolanılması anlamına gelir²⁹⁸.

²⁹⁶ 5411 sayılı yasanın geçici 14. maddesinde; 4389 sayılı Bankalar Kanununun 22. maddesinin (4) numaralı fıkrasında sayılan ceza ve hukuk davalarını koğuşturan, soruşturan ve yürüten Cumhuriyet savcıları ile hâkimlerin bu işleri ivedilikle yürütmeleri ve görevleri süresince disiplin nedenleri hariç mazeretleri ve istemleri olmadıkça üç yıl süre ile başka bir yere veya göreve atanamayacakları, görev süresi dolanların ise tekrar aynı göreve atanabilecekleri öngörülmüştür.

²⁹⁷ Taşkın, İletişimin Denetlenmesi, s.96

²⁹⁸ Kunter/Yenisay/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.708; Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi, s.238; Şahin, Ceza Muhakemesi, s.270; Özbek, Ceza Muhakemesi, 234.

Suçun nitelendirmesi mahkemeye ait olduğundan suç vasfının yargılama aşamasında değişmesi de tedbirine başvurularak elde edilen delillerin değeri bakımından önem taşımaktadır. Tedbire başvurularak elde edilen delillerin hukuka uygun delil olarak kabul edilebilmesi için eylemin nitelendiriliş şeklinin tedbirin uygulanmasına imkan vermesi, soruşturma aşamasında vasıflandırılan ve katologta yer alan suçla aynı suç olması gereklidir. Zira; soruşturma aşamasında katalog suçlar arasında değerlendirilip iletişimin denetlenmesi tedbiri uygulanan ve tedbir sonucu delil elde edilen suç, koğuşturma aşamasında nitelik değiştirerek katalog harici bir suça dönüşürse, denetleme sonucu elde edilen deliller de koğuşturma aşamasında delil olarak kullanılamayacaktır²⁹⁹.

b. Şüphe Bakımından

aa. Genel Olarak

Şüphe; kavram olarak, “zihnin çeşitli alternatifleri arasında seçme yapma konusunda tereddüt edilmesi, hangisinin doğru olduğunun kestirilememesi”, “bir şeyin olup olmadığı konusunda tereddüte düşme” anlamına gelmektedir³⁰⁰.

Bir fiilin işlendiği haberinin alınması üzerine, bu fiili takibe yetkili makamların soruşturmayı derhal başlatmasını ifade eden ilkeye “araştırma mecburiyeti ilkesi” denmektedir³⁰¹. Yetkili makamları bu şekilde bir araştırma mecburiyetine iten esas ise şüphedir. Soruşturma evresi failin suç teşkil eden hareketi yapıp yapmadığı konusundaki şüphe ile başlar³⁰². Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir yolla bir suçun işlendiği izlenimini edinirse CMK’nun 160. maddesi uyarınca kamu davası açıp açmamak konusunda karar verebilmek amacıyla hemen konuyu araştırmak zorundadır. Bu durum CMK’nda temel olarak kovuşturma mecburiyeti ilkesinin benimsendiğinin göstergesidir. Nitekim CMK’nun 170. maddenin 2. fıkrasında; “soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler” denilerek de bu husus vurgulanmıştır³⁰³. Kamu davası açma

²⁹⁹ Şen, İletişimin Denetlenmesi, s.131.

³⁰⁰ Bkz. Devellioğlu, Ferit, Osmanlıca Türkçe Ansiklopedik Lügat, İstanbul 1981, s.402; Yılmaz, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Ankara 1985, s.675.

³⁰¹ Öztürk, Koğuşturma, s.49;

³⁰² Centel/ Zafer, Ceza Muhakemesi, s.82.

³⁰³ 1412 sayılı CMUK’nun yürürlükte olduğu dönemde savcılar kamu davası açarken sadece muhakeme şartını gözden geçirmekte, buna karşılık delillerin mahkumiyeti sağlamaya yeterli olup olmadığı yönünde değerlendirme yapmamaktaydı. Çünkü “yeterli delil” değerlendirmesi, delillerin vicdanen irdelenmesi olarak yorumlanmakta ve bu hususun mahkemenin yetkisinde olduğu ifade edilmekteydi. Bkz. Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s.443; Yargıtay Ceza Genel Kurulu ise; 07.03.1983 T., 1983/7-6 E. ve 1983/105 K. sayılı kararında; “Mevcut delillere göre, hukuki amme davasının açılmasını haklı gösterecek vakıa ve deliller bulunmadığını tespit eden C. Savcısının, CMUK’nun 164 ve müteakip maddelerinde verilen yetkiyi kullandığında, müşteki tarafın takipsizlik kararına yaptığı itiraz üzerine itirazı inceleyen Ağır Ceza Mahkemesi Başkanının delilleri takdir ederek itiraz hakkında bir karar vermiş bulunması ...” (YKD, Y.1983, C.11, s.1522

mecburiyeti, beraberinde kamu davasından vazgeçilmemesini, sonuna kadar takip edilmesi zorunluluğunu da getirmektedir. Soruşturma safhasında yapılan araştırmalar fiilin fail tarafından işlendiği hususunda yeterli şüphe sebepleri doğuruyorsa, Cumhuriyet savcısı iddianame düzenleyecektir. CMK'nun 170/2 hükmü, iddianame düzenleme yetkisini verdiği Cumhuriyet savcısının, kamu davasını açma tekeli de ortaya koymaktadır. Cumhuriyet savcısı tanzim ettiği iddianamenin kabulü ile başlayan kovuşturma evresinde de açılan davayı takip etmek ve yürütmek zorundadır. Bu prensip açılan davanın bir hükümle sonuçlanıncaya kadar(CMK.m.223) savcılık tarafından takip edilmesi, geri alınamaması anlamına gelmektedir³⁰⁴.

Savcı veya kolluk suç işlendiği konusunda olguya dayalı bir izlenim edindiği takdirde soruşturma evresini başlatmak zorunda kalacaktır. Kanunda “suçun işlendiği izlenimini veren bir hali öğrenmeden” söz edilmektedir(CMKm.160). Buradaki izlenim kelimesi ile suçun işlendiği konusunda duyulan şüphe ifade edilmektedir. O halde soruşturmanın başlaması için şüphenin varlığı gereklidir. Bu şüphe ise olaylara dayanan basit şüphedir. Buna başlangıç şüphesi de denebilir. Bu anlamda haberin ciddi olması, belli ve yaşanmış olayların suç işlendiği yönünde ortaya koyduğu şüphe, başlangıç şüphesi olarak kabul edilmelidir. Kriminal tecrübeler ve belirli somut vakıalara göre başlangıç şüphesi cezalandırılabilir hareketin yapılmış olduğunu mümkün olarak göstermeli, bir suçun işlenmiş olduğu olasılığını ortaya koymaya izin vermelidir³⁰⁵. Esasen bu aşamada basit bir şüphe de bulunmayabilir. Örneğin; yapılan ihbar olağanüstü saçma olabilir. Bu durumda savcı veya kolluğun araştırma mecburiyeti yoktur. Araştırıp araştırmamak takdirine kalmıştır³⁰⁶. Bu durum araştırma mecburiyeti ilkesinin bir istisnasıdır³⁰⁷.

Soruşturma aşamasının başlamasının amacı kamu davasının açılmasına gerek bulunup bulunmadığının tespiti olduğundan, bu tespitin yapılmasında soruşturma aşamasında yetkili olan makamların birçok işlemi yapabilecekleri, bu arada koruma tedbirlerine başvurabilecekleri de ortadadır. Diğer yandan koruma tedbirlerine başvurulması için gerekli şüphe derecesi soruşturmanın başlaması için gerekli olan şüpheden daha az olamaz. Soruşturmanın başlaması için gerekli olan

vd) gerekçesine yer vererek Cumhuriyet Savcısının tüm olayları ve delilleri değerlendirebileceği ve mevcut delillerin kamu davasının açılmasını haklı gösterecek olgu ve delil olarak kabulü mümkün olmadığı takdirde takipsizlik kararı verebileceği sonucuna ulaşmıştır. Bkz. Kaynak, Ali Osman, Hazırlık Soruşturmasında Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi, ABD 1998, S.2 s.59 vd.

³⁰⁴ Kunter/Yenisay/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.178.

³⁰⁵ Yenisay, Hazırlık Soruşturması ve Polis, s.45.

³⁰⁶ Eser, Albin, Einführung in das Strafprozessrecht, München, 1983, s.18.

³⁰⁷ Öztürk, Koğuşturma, s.54.

şüphe soruşturmanın her aşamasında aynı olmayıp basitten kuvvetliye doğru ilerlemektedir³⁰⁸. Bu nedenle telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından aranacak şüphenin derecesi bakımından şüphenin derecelerinin ele alınması gereklidir³⁰⁹.

Doktrinde değişik tasniflere tabi tutulmakla birlikte ceza muhakemesinde şüphe, kuvvet derecesine göre; basit şüphe, yeterli şüphe ve kuvvetli şüphe olmak üzere üçe ayrılabilir³¹⁰. Şüphenin derecesinin tayininde de eldeki deliller belirleyici rol oynamaktadır. Basit şüphe; fiilin kriminalistik verilere göre soruşturulabilir nitelik taşıdığı aşamada söz konusu olur³¹¹. Suç işlendiğine dair soruşturmayı başlatacak derecede olgulara dayanan basit şüphe bulunup bulunmadığının öncelikle soruşturma makamlarınca takdir edilmesi gerekir. Bir suçun işlendiğine ilişkin somut olaylara dayalı en azından belirti şeklinde delillerin bulunması gereklidir. Tahminlere, akla ve mantığa aykırı iddialara dayalı şüphe basit şüphe olarak kabul edilemez³¹². Suç haberi ciddi, belli ve yaşanmış olaylar suç işlendiği yolunda bir şüphe ortaya koyuyor ise artık soruşturma başlar. İşte soruşturmayı başlatan olaylara dayalı bu şüphe basit şüphedir. Buna başlangıç şüphesi de denebilir. Eldeki delillere göre yapılacak muhakeme sonunda sanığın mahkum olma ihtimali, beraat etme ihtimalinden fazla olduğunda ise yeterli delilden, diğer bir anlatımla yeterli şüpheden söz edilir³¹³. CMK'nun 170/2 hükmünde; "soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler" şeklinde düzenleme getirilerek kamu davasını açılması için yeterli şüphenin varlığı aranmıştır. Kuvvetli şüphe ise; genellikle koruma tedbirleri için önşart teşkil eden bir şüphe türüdür. Şüpheli veya sanığın suçun faili yada şeriki olduğunun ve mahkum olması ihtimalinin kuvvetle muhtemel olduğunun anlaşılması halinde kuvvetli şüphe var demektir³¹⁴. Örneğin tutuklama için somut olaylarla

³⁰⁸ Özbek, Arama, s.61.

³⁰⁹ Doktrinde şüphenin çeşitli şekillerde derecelendirmeye tabi tutulmasının çok sağlıklı olmadığı, şüphe ölçülebilir ve tartışılabilir bir olgu olmadığından kanuni delil sistemini alan vicdani delil sisteminde delillerin değerleri ve işaret ettikleri şüphenin derecesini analitik olarak belirlemenin kesinlikle mümkün olmadığı ifade edilmektedir. Bkz. Feyizoğlu, Metin, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Ankara 2002, s.83.

³¹⁰ Bu konuda değişik ayrımlar yapıldığı görülmektedir. Doktrinde bazı yazarlar şüpheyi; basit şüphe ve yoğun şüphe olarak ikiye ayırmakta, yoğun şüpheyi ise yeterli ve kuvvetli şüphe olarak ikiye ayırmaktadır. Bkz. Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi, s.484 vd.; Erdem/Özbek, Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi, s.276; Diğer bir görüş ise; basit şüpheyi basit makul şüphe ve kuvvetli makul şüphe olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Bkz. Kunter/Yenisey, Muhakeme, s.729.; Üçüncü bir görüş ise şüphe dereceleri; soruşturmayı başlatan basit şüphe, makul şüphe, yeterli şüphe ve kuvvetli şüphe şeklinde ayrıma tabi tutmaktadır. Bkz. Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s.84, 85; Ayrıca şüpheyi basit, yeterli ve kuvvetli şüphe olarak tasnif eden görüş için bkz. Gökçen, Elkoyma, s.68; Yenerer, s.63; Eryılmaz, M. Bedri, Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama, Ankara 2003, s. 47, 48.

³¹¹ Şahin, Sanığın Sorgulanması, s.29.

³¹² Feyizoğlu, Vicdani Kanaat, s.184 vd.; Gökçen, Elkoyma, s.68.

³¹³ Öztürk, Koğuşturma, s.144; Öztürk, Bahri, Özel Hayatın Gizliliği ve Arama, MBD, C.11, S. 41 (Nisan 1992), s.9; Gökçen, Elkoyma, s.69.

³¹⁴ Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s.86; Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi, s.486; Erdem/Özbek, Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi, s.276.

desteklenmiş yoğun ve kuvvetli şüphe bulunmalıdır³¹⁵. Teknik araçlarla izleme (CMK m.140) ve gizli soruşturmacı görevlendirilmesi (CMK m.139) tedbirleri için de kuvvetli şüphenin varlığı aranmıştır.

Adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilmesi için, kanunda yer alan katalog suçlardan birinin işlendiğine ilişkin “kuvvetli şüphe sebepleri” nin varlığı aranmıştır. Gerçekten önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulurken herhangi bir şüphe derecesi aranmamış iken; adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin düzenleme getiren CMK’nun 135/1 hükmünde “kuvvetli şüphe sebeplerinin” varlığı aranmaktadır. Diğer yandan iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması sırasında suçun işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebepleri ortadan kalkabilir. Bu durumda tedbire başvurulması için gerekli şüphe şartının ortadan kalktığı ve CMK’nun 137/3 hükmü kapsamında koğuşturmaya yer olmadığı kararı verilebileceği de dikkate alınarak tedbire derhal Cumhuriyet savcısı tarafından son verilmelidir. Görüldüğü üzere kanun bu hükmü ile kuvvetli şüphe sebebi şartına özel bir sonuç bağlamaktadır.

bb. Adli Amaçlı İletişimin Denetlenmesi Tedbiri Bakımından Şüphe

Adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilmesi için CMK’nun 135. maddesinde “suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin” varlığı aranmaktadır. 4422 sayılı yasada şüphenin derecesini ifade etmek için “kuvvetli belirti” ifadesi kullanılmakta, şüphe ve belirti kavramları birbirinden ayrılmaktaydı³¹⁶. Bu itibarla 4422 sayılı yasada iletişimin denetlenmesi kararı verilebilmesi için haricen algılanabilen, kuvvetli belirtilere bağlı müşahhas olgular aranmıştır³¹⁷.

³¹⁵ Centel, Tutuklama, s.38-40.

³¹⁶ 4422 sayılı Kanunun 2/2 hükmünde iletişimin denetlenmesi tedbiri kararının ancak “kuvvetli belirtiler” in bulunması halinde verilebileceğini düzenleyen kanunkoyucu gizli izleme tedbiri bakımından da aynı yasanın 8. maddesinde “şüphe”den değil “belirti”den söz etmektedir. Dönmezer’e göre; kişinin hürriyetinin elinden alınması, özel hayata müdahale, telefonuna müdahale, malına mülküne müdahale demektir. Kanunun tedbirin uygulanmasını kuvvetli belirtiye bağlaması hukuka uygun sayılmalıdır. Bu çeşit tedbirlerin uygulanabilmesi kuvvetli delillerin varlığına bağlı tutulduğu taktirde bu tedbirlere başvurulmasına da gerek kalmayacaktır. Deliller kullanılarak iş mahkemeye götürülebilecek, doğrudan doğruya mevcut delillerle dava açılabilir. Dönmezer, Sulhi, Çetelerle Mücadele Amacıyla 4422 Sayılı Kanunla Kabul Edilen Koruma Tedbirleri, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir 2000, s.551; Yarsuvat’a göre ise; 4422 sayılı yasanın 2. maddesi uyarınca iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması için basit şüphenin varlığı yeterli değildir. Tedbire başvurulması için kuvvetli kuşku bulunması ve bu kuşkunun da somut olaylara dayanması gerekir. Yarsuvat, Duygun, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına Göre Kişi Hürriyeti ve Güvenliği, Özel Hayatın Gizliliği, Konut Dokunulmazlığı ve Haberleşme Hürriyeti Üzerine Düşünceler, Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Hukuku 1. Uluslararası Sempozyumu, 22-24 Nisan Ankara, Ankara 2004, s.30.

³¹⁷ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi, s.702.; Doktrinde 1412 sayılı CMUK’nun yürürlükte olduğu dönemde tutuklama için aranan kuvvetli belirti deyimini, kuvvetli şüphe olarak anlaşılacak her iki deyim arasında bir fark görülmemiştir. Bkz. Centel, Tutuklama, s. 39; 4422 sayılı yasa tasarısında tedbire başvurulabilmesi için “makul kuşku nedenleri” aranmakta; birden çok kimsenin birlikte veya başkasına ait yasal veya yasadışı bir menfaati korumak için hareket etmeleri veya benzeri eylemlerinden dolayı daha önce koğuşturulmuş olmaları

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirinin düzenlendiği CMK'nun 135. maddesinde ise; 4422 sayılı kanunun 2/2 hükmünde yer alan “kuvvetli belirtiden” farklı olarak “kuvvetli şüphe sebeplerinin” bulunması koşulu aranmıştır³¹⁸. Kanımızca kanunda ifade edilen kuvvetli şüphe sebepleri teriminden, basit bir başlangıç şüphesinden daha yoğun ama yeterli veya kuvvetli şüphe derecesine ulaşılması zorunluluğunu gerektirmeyen şüphe derecesinin anlaşılması gerekir³¹⁹. Şayet burada belirtilen kuvvetli şüphe sebepleri deyimi, yukarıda belirttiğimiz şekilde sanığın mahkum edilmesi konusunda yüksek bir olasılık bulunduğu şeklinde anlaşılırsa; bu koşul devletin ve toplumun suç ile mücadelesi bakımından sahip olduğu menfaatin sağlanmasıyla ve orantılılık ilkesi ile uyumlu olmaz. Diğer yandan da tedbir ikincillik ilkesi karşısında gereksiz kalır. Zira; kuvvetli şüphe bulunması, çoğu durumda “başka yolla elde edilmiş” delillerin de zaten mevcut olduğu anlamına gelmektedir. Sanık hakkında onun büyük olasılıkla mahkum edilmesini gerektirecek yoğunlukta delile ulaşıldığı takdirde ise artık bu tedbire başvurma gereği kalmadığından tedbirin uygulanma kabiliyeti ortadan kalkar ve işlevini yitirir. Bu nedenle telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi kararı verilebilmesi için basit şüphenin üzerinde, yeterli şüphenin ise aşağısında bir şüphe derecesinin aranması gereklidir. Basit şüphe ile yeterli şüphe arasında yer alan sebepler ve somut olguların oluşması halinde tedbirin uygulanmasına başvurulabilmelidir³²⁰.

durumunda makul şüphe nedeninin var olduğu kabul edilmekteydi. Erdem/Özbek, Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi, s.278.

³¹⁸ Kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığının aranması hk. bkz. Yarsuvat, Duygun, Çıkar Amaçlı Örgütlü Suçların Koğuşturulması, Ceza Hukuku Reformu, İstanbul 2001, s.338.

³¹⁹ Aynı yönde; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu Ceza Muhakemesi Hukuku, s.702, 703; Özbek, Ceza Muhakemesi, s. 424; Özbek/Doğan, s.566; Turhan'a göre; kanunda yer alan kuvvetli şüphenin bulunması şartı söz konusu hükmü uygulanamaz hale getirirse de, madde metninden basit şüphenin yeterli olduğu sonucuna ulaşılamaz. Bkz. Turhan, Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, s.267; Şahin; “kuvvetli şüphe sebepleri” ifadesinin “kuvvetli şüphe” anlamına geldiğini, özel hayata ağır bir müdahale oluşturan tedbire başvurulması için basit şüphe ile yetinilmeyip şüphenin nitelikli yoğunluğa ulaşmasının arandığını, bu yönüyle de telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinin diğer birçok koruma tedbirinden farklılık arz ettiğini ifade etmektedir. Şahin, Ceza Muhakemesi, s.267, 268; Kaymaz ise; CMK'nun 100/3 maddesinde yer alan “kuvvetli şüphe sebepleri” teriminin şüphenin kuvvet derecesini gösteren “kuvvetli şüphe” anlamında kullanıldığını ifade etmektedir. Yazar aynı zamanda “kuvvetli şüphe sebepleri” teriminin “kuvvetli şüphe” şeklinde anlaşılmasının tedbire başvurulmasını önemli ölçüde güçleştireceğini ve bu durumun da tedbirden beklenen faydanın elde edilmesine engel olacağını ifade etmektedir. Kaymaz, İletişimin Denetlenmesi, s.219.

³²⁰ CMK'nun 135. maddesinde yer alan iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilmesi için kuvvetli şüphe sebeplerinin aranması doktrinde eleştirilmektedir. Bir görüşe göre; iletişimin denetlenmesi tedbiri için hem kuvvetli şüphe, hem de başka suretle delil elde edilememesinin aranması bu tedbirin uygulanmasını zorlaştıracaktır. Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi s.173.; Diğer bir görüşe göre; İletişimin denetlenmesi tedbirine karar verilebilmesi için kuvvetli şüphe şartının aranması hak ve özgürlüklerin çiğnenmemesi için yapılmış bir yanlışlıktır. Bu işlem fail olarak yakalanması gereken kişilerin kimliklerini tespiti yarayan, yakalama öncesi başvuru bir tedbirdir. Bu tedbire başvurmak için ise; yakalamanın da önşartı olan kuvvetli şüphe standardına ulaştırarak iz, belirti, emare veya delil kolluğun elinde varsa zaten bu tedbire başvurmaya gerek kalmayacaktır. Bu nedenlerle iletişimin denetlenmesi tedbirinde yakalama ve tutuklama standardında kuvvetli şüphe aranması yanlış olduğundan makul şüphenin tedbire başvurulması için yeterli kabul edilmesi gereklidir. Eryılmaz, Suçla Mücadele Politikası, s.64, 65.; Aynı yöndeki diğer bir görüş ise; tedbirin uygulanmasına karar vermek için diğer klasik tedbirlere göre özel ve sınırlayıcı şartların aranması kabul edilebilir olmakla birlikte, “kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması” koşulunun tedbire başvurulmasında aranması hatalı ve amaca aykırıdır. Bu görüşe göre;

Her ne kadar haberleşme özgürlüğüne ağır müdahale oluşturan bu tedbirin tam olarak ortaya konulamayan ve sınırı çizilemeyen basit şüpheye dayanarak uygulanması sonucu kötüye kullanılmasını önlemek kaygısıyla, yasada böyle bir yasal düzenlemeye yer verilmiş ise de; bu tür kaygılar söz konusu tedbiri uygulanamaz duruma getirmemelidir. Koğuşurma organlarının somut bir tutamak noktası olmaksızın bu tedbire başvurmaları yasak olup, kriminalistik varsayımlar, olayın istatistik sıklığı veya genel yaşam deneyimleri de tedbire başvurulması için yeterli değildir³²¹. Diğer yandan CMK'nun 137/3 hükmünde tedbirin sona ereceği hallerden birisinin tedbirin uygulanması sırasında koğuşurmaya yer olmadığına karar verilmesi, diğerinin ise CMK'nun 135. maddesinin birinci fıkrasına göre hakim onayının alınamaması olduğu hüküm altına alınmıştır. İletişimin denetlenmesi kararını sona erdiren koğuşurmaya yer olmadığı kararı özellikle suç şüphesinin kamu davası açmak için yeterli olmadığı hallerde verilmektedir. Bu nedenle de iletişimin denetlenmesi tedbirinin henüz yeterli suç şüphesinin oluşmadığı dönemde uygulanması gerektiğinin kabulü gerekir. Zira; tedbire ancak yeterli suç şüphesinin oluşmadığı dönemde karar verilmesi halinde, tedbire başvurulmasına rağmen yeterli şüphenin oluşmadığı gerekçesiyle savcı tarafından koğuşurmaya yer olmadığına karar verilebilir³²².

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilmesi için aranacak şüphenin derecesi konusunda karşılaştırmalı hukukta, iki ayrı çözüm modeli öngörülmektedir. Bazı kanunlar, bu tedbir için aranan şüphe derecesi konusunda özel bir gereklilik öngörmemekte iken; bazı kanunlar hangi şüphe derecesinin aranacağını ayrıca belirtme yoluna gitmektedirler. Nitekim Alman CMK § 100a hükmünde; bu tedbire başvurmak için belirli olguların katalogda yer alan bir suçun işlendiği şüphesine dayanak oluşturması aranmaktadır. Söz konusu tedbirin uygulanması için, faillik olasılığının yüksek olması anlamında kuvvetli şüphenin bulunması gerekmediği gibi; kamu davasının açılması için gerekli olan ve soruşturma sonunda sanığın mahkum olmasının beraat etmesine göre daha yüksek bir olasılık oluşturması anlamında yeterli şüphenin mevcudiyeti de gerekli görülmemektedir³²³. Bunun nedeni belirtilen şüphe yoğunluklarına ancak tedbir uygulandıktan sonra ulaşılabilir olmasındır. Buna karşılık Avusturya CMK § 149a I b. 2 hükmü uyarınca tedbire, belirli ve somut bir fiil işlenmiş olduğu yönünde kuvvetli suç şüphesi varsa, ancak bu durumda karar verilebilecektir. İkinci gruba giren ülkelerden İsviçre'de ise; şüpheye

kuvvetli şüphe sebepleri bulunmasını aramak, dava açmak için yeterli delilin bulunmasını aramakla eşdeğerdedir. Bu nedenle tedbire çoğu defa ancak koğuşurma evresinde başvurulabilecek ve bu halde de delillerin karartılması söz konusu olabilecektir. Ünver, Yener, Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl 1, Sayı 2, Aralık 2006, s.147.

³²¹ Bkz. Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi, s.592.; Erdem, Gizli Soruşturma Tedbirleri, s.100;

³²² Özbek, Ceza Muhakemesi, s.425.

³²³ Erdem, Telekomünikasyon, s.3.

dayanak oluşturan olguların bulunması aranmaktadır³²⁴. Buna göre; iletişimin denetlenmesi kararı verilebilmesi için bir kişinin fail yada şerik olarak bu suçları işlediğine dair somut olaylara dayanan suç şüphesinin bulunması gerekir. Fransa’da ise; tedbirin uygulanması konusunda açıklık bulunmamakla birlikte İsviçre’de olduğu gibi diğer koruma tedbirleri için aranan şartlar burada da uygulama alanı bulmaktadır. İngiltere’de de Fransa ve İsviçre’de olduğu gibi tedbir kararı verilebilmesi bakımından şüphe için özel bir düzenlemeye yer verilmemiş, tedbirin uygulanabilmesi bakımından karar verecek makama geniş takdir yetkisi tanınmıştır. Buna göre; tedbir sonucunda elde edilecek bilgilere başka bir yoldan ulaşılmamasının mümkün olmayacağını veya tedbire başvurularak elde edilecek bilgilerle çok büyük olasılıkla kişinin mahkum olacağını anlaşılabiliyor olması gerekir³²⁵. Bu şekilde orantılılık ve ikincillik ilkeleri de vurgulanmıştır.

Suçun işlendiğine dair kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ile başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmaması şartlarının birbirinden bağımsız değerlendirilmesi gerekir. Zira; suç işlendiği ve işlenen suçun şüphelisi noktasında olay anında şüphelinin bulunduğu yer, tespit edilen beyanları ve mağdurla olan geçmiş münasebetleri gibi sebeplerle ciddiyet ortaya çıkmışsa CMK’nun 135. maddesinde tedbire başvurulması için aranan şüphe şartının gerçekleştiğinin kabulü gerekir. Çünkü; suçun kim tarafından işlendiğine dair kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı için, mutlaka güçlü delil ve emareleri somut bir biçimde elde etmeye zorlamak, iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurmayı imkansız veya anlamsız kılabilir. Bu nedenle tutuklama tedbiri bakımından aranan “kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olgular” koşulu ile CMK’nun 135. maddesinde yer alan “suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı” koşulunun birbirinden farklı değerlendirilmesi isabetli olacaktır. Kanunkoyucu CMK’nun 135. maddesinde düzenlemenin sadeliğini sağlamak için “kuvvetli şüphe sebeplerinin” varlığını aramış ve iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından şüpheli tarafından suçun işlendiği şüphesini kuvvetli bir şekilde ortaya koyacak delil ve emarelerin öncelikle elde edilmesi şeklinde nitelendirilebilecek derece ve zorlukta şüphe koşulunun bulunmasını öngörmemiştir³²⁶.

³²⁴ Erdem/Özbek, Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi, s.276.

³²⁵ Sözüer, Özel Haberleşmenin Denetlenmesi, s.93,95; Erdem/Özbek, Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi, s.276.

³²⁶ Şen, Telefon Dinleme, s.56.

c. Başka Yolla Delil Elde Edilememesi (İkincillik İlkesi)

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması bakımından CMK'nun 135. maddesinde aranan bir diğer şart; "başka suretle delil elde etme imkanının bulunmaması" durumudur. Haberleşme özgürlüğüne ağır müdahale oluşturması nedeniyle, orantılılık ilkesinin somut bir görünümü olarak ikinci derecede uygulanabilirlik koşuluna yer verilmektedir³²⁷. Bir suçun aydınlatılması için mümkün olduğunca özel hayata daha az müdahale oluşturan yöntemlerin kullanılması gerekliliğini ifade etmek üzere iletişimin denetlenmesi tedbirinin ikincil niteliği ortaya konmuştur³²⁸. Bu ilkeye göre; ancak başka tedbirlere başvurulduğunda delilin elde edilmesi olanağı kalmayacak yada önemli derecede zorlaşacaksa iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilecektir. Dolayısıyla bu koşul aynı amaca hizmet eden tedbirler arasında öncelik, sonralık ilişkisini ifade etmektedir³²⁹. İlkenin bir gereği olarak aynı amaca hizmet eden ve aynı amacı elde etmeye elverişli olan birden fazla tedbir arasından en ılımlı, kişi hak ve özgürlüklerine en az müdahale teşkil eden tedbirin tercih edilmesi gereklidir. İletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmasında, aynı suçu aydınlatmak için uygulanabilecek başka tedbirler varsa bu tedbirler uygulanmalı, iletişimin denetlenmesi tedbirine en son çare (ultima ratio) olarak başvurulabileceği dikkate alınmalıdır³³⁰. Kanunkoyucu iletişimin denetlenmesi tedbirinin ikincil niteliğini yasada açıkça öngördüğünden her olay için olayın özelliklerinin göz önünde bulundurularak değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bu değerlendirme işlemi olumsuz sonuç verdiğinde ise; tedbire başvurulmuş ve bazı deliller elde edilmiş olsa bile bunların yargılamada delil olarak ileri sürülmesi, ispat konusunda bunlardan faydalanılması ve kararın bu delillere dayandırılması mümkün olmayacaktır³³¹. CMK'nun 135. maddesinde "başka suretle delil elde etme olanağının bulunmaması" şeklinde ifadesini bulan ilke 14.01.2007 tarih ve 26434 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan yönetmeliğin tanımlar başlıklı 4. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde: "soruşturma veya kovuşturma sırasında diğer tedbirlere başvurulmuş olsa bile sonuç alınamayacağı hususunda bir beklentinin varlığı veya başka yöntemlerden biri veya birkaçının uygulanmasına rağmen delil elde edilememesi ve delillere ancak bu

³²⁷ Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi, s.592.

³²⁸ Dönmezer, Çetelerle Mücadele, s.522.

³²⁹ Erdem, Gizli Soruşturma, s.322.

³³⁰ İlkeyi son çare prensibi olarak adlandıran görüşler için bkz. Ünver/Hakeri, s.239; Metin, Ölçülülük İlkesi, s.30; Kunter/Yenisay/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.703.

³³¹ Yurtcan, Ceza Yargılaması, s.376; Soyaslan, Ceza Muhakemesi, s.268.

yönetmelikte düzenlenen tedbirlerle ulaşılabilecek olmasını” ifade eder şeklinde tanımlanmıştır³³².

Buna göre her somut olayda ayrı bir değerlendirme yapılmalı, başka bir tedbire başvurulduğunda olay aydınlatılabilecekse; iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmamalıdır³³³. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine karar vermeden önce, somut anlamda diğer tedbire başvurulmuş ve bundan sonuç alınmamış olması gerekmez. Bunlara başvurulduğunda sonuç alınamayacağı konusunda bir beklentinin varlığı yeterlidir³³⁴. Diğer yandan kanunda ifade edilen başka surette delil elde edilememesi kriterinin yorumunda kanunun lafzı ile bağlı kalınmayıp genişletici yoruma başvurulması gereklidir. Buna göre; bu koşuldan iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmaması halinde suçla ilgili hiçbir delil elde edilemeyecek olması değil, ilgilinin mahkumiyetine yeter derecede delil elde edilemeyecek

³³² Doktrinde bir görüşe göre; başka türlü delil elde etme imkanının bulunmaması beklentisinin varlığı, CMK’nun 135/1 hükmünde aranan ve iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması için yeterli olan bir koşul olarak öngörülmemiştir. Bu noktada; CMK’nun 135. maddesi hükmünü genişleten ve kanunkoyucunun iradesinin dışına çıkan yönetmeliğin 4/c maddesi açık bir şekilde kanuna aykırı düştüğünden kaldırılması gereklidir. Zira; başka surette delil elde edilmemesi durumu ile sonuç alınamayacağı hususunda bir beklentinin bulunduğu arasında paralellik kurmak ve CMK’nun 135/1 hükmünün anlamından “sonuç alınamayacağı hususunda bir beklentinin varlığı” sonucuna ulaşabilmek mümkün ve isabetli değildir. Bu nedenle normlar hiyerarşisine bağlı kalınarak yasal düzenlemeye aykırı olan yönetmeliğin 4/c hükmünün gözardı edilip, CMK’nun 135/1 hükmünün aradığı koşulun her somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılması gerekmektedir. Kanunkoyucunun öngörmediği “beklentinin varlığı” gibi kavramların ardına sığınarak iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulamasının genişletilmesi hukuka aykırılık teşkil edecektir. Bkz. Şen, Telefon Dinleme, s.57.

³³³ Amerikan Hukukunda iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin olarak hakimden karar talep edilirken talep yazısında diğer soruşturma yöntemlerinin uygulanıp uygulanmadığına, bu tedbirlerin başarısız olup olmadığına, neden diğer yöntemlerin başarı ihtimali bulunmadığına yada uygulanmasının çok tehlikeli olduğuna dair bilgilere yer verilmesi gerekmektedir. Amerika Birleşik Devletleri Federal Kanununun 18. Bölümünün 2518/1. maddesinde; iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilmesi için diğer soruşturma yöntemleri kullanıldığı halde sonuç elde edilememesi, diğer soruşturma yöntemleri uygulansa dahi sonuç elde edilemeyeceğine dair makul nedenlerin bulunması veya diğer soruşturma yöntemlerinin denenmeyecek kadar tehlikeli olması gerektiği ifade edilmektedir. Bu nedenle hakim diğer soruşturma yöntemlerinin kullanılması durumunda dahi istenen sonucun elde edilemeyeceği veya diğer soruşturma yöntemlerinin başvurulamayacak kadar tehlikeli olduğuna ilişkin kanaat sahibi olması aranmaktadır. Bu değerlendirmeyi yaparken de hakim somut olayın özelliklerine göre uygulanabilecek diğer soruşturma yöntemlerini dikkate alması, gerekliliğin makul ve uygulanabilir olmasını irdelemesi gereklidir. Kalıplaşmış ifade ve çıkarımlar hakimde başka türlü delil elde etme imkanının olaydaki soruşturmanın konusuna ve amacına göre değişiklik göstermektedir. Colbridge, Thomas, D., Electric Surveillance A Matter Of Necessity, FBI Law Enforcement Bulletin, February 2000, s.27 vd., <http://www.fbi.gov/publications/leb/2000/feb00leb.pdf>, ET.06.02.2009; Özdoğan,, Teknik Dinleme, s.34, 35; Alman CMK’nun 100a maddesinde; telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi için olayla ilgili delillerin elde edilmesi veya sanığın bulunduğu yerin ortaya çıkarılmasının başka surette imkansız veya önemli ölçüde zorlaşacak olması aranmaktadır. Kanada Ceza Kanununun 186/1 maddesine göre; hakim iletişimin denetlenmesi kararı verebilmesi için diğer soruşturma yöntemlerinin uygulanıp başarısız olduğu, diğer soruşturma yöntemlerinin başarı şansının bulunmadığı yada durumun aciliyeti nedeniyle diğer soruşturma yöntemlerinin pratik anlamı olmayacağı konusunda kanaat edinmesi gereklidir. İçel, Kayıhan/Yenisay, Feridun, Uygulamalı ve Karşılaştırmalı Ceza Kanunları, İstanbul 1994, s.248; Erdem/Özbek, Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi, s.279.

³³⁴ Erdem, Telekomünikasyon, s.4.

olması anlaşılmalıdır. Kısaca; diğer koruma tedbirleri ile bazı deliller elde edilecek ancak bu deliller mahkumiyet kararı verilmesine dayanak teşkil etmeyecek derecede zayıf deliller olacaksa iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilmelidir. Öncelikle tedbirin istenen sonuca ulaşmaya yarayacak nitelikte ve istenen delili elde etmeye elverişli olması, ayrıca gerekliliği açısından da bir değerlendirme yapılmak suretiyle kişi hak ve özgürlüklerine daha az müdahale niteliği taşıyan bir tedbire başvurulduğunda da olayın aydınlatılma şansının eşit düzeyde olduğu durumlarda tedbire başvurulmaması gerektiği dikkate alınmalıdır.

İletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin olarak 4422 sayılı yasanın 2/3 maddesinde başka bir tedbirle failin belirlenmesi, ele geçirilmesi veya suç delillerinin ele geçirilmesi mümkün ise bu tedbire başvurulamayacağı ifade edilerek tedbirin ikincil niteliği vurgulanmıştır. Düzenlemede dikkati çeken husus, başka bir tedbirle olayın aydınlatılmasının sonuçsuz kalması durumuna yer verilmesidir. Tedbirin temel hak ve özgürlüklere ağır bir sınırlama getirmesi nedeniyle sonuçsuzluk kriterinin esas alınması doktrinde bazı yazarlar tarafından yerinde görülmüştür. Bunun nedeni olarak da güçleştirme kriterinin kabul edilmesi halinde zamanla sonuçsuzluk kriterinin uygulamada anlamını yitireceği, bütün çarelere başvurulduğunda veya bunlara başvurulduğunda dahi sonuç alınamayacağının anlaşıldığı durumlarda tedbire başvurulmasının oranlılık ilkesi bakımından gerekli olduğu ileri sürülmektedir³³⁵. Kanımızca CMK'nun 135. maddesinde yer alan “başka surette delil elde edilmesi imkanının bulunmaması” ifadesi diğer soruşturma yöntemlerinin uygulanıp da sonuç alınamaması şeklinde anlamlandırılabilir. Ancak diğer tedbirlerin uygulanıp sonuç elde edilememesi koşuluna yer verilmesi emek ve zaman kaybına yol açabileceği gibi, soruşturmadan sonuç alınamamasına da neden olabilir. Bu noktada diğer tedbirlere başvurulduğunda sonuç alınamayacağına dair hakimi tatmin edici makul sebeplerin bulunması yeterli görülmelidir. Bu nedenle CMK'nun 135. maddesindeki tereddütlerin giderilmesi için düzenlemede iletişimin denetlenmesi tedbirine, diğer tedbirlerle sonuç elde edilmesinin mümkün olmaması veya önemli ölçüde güç olması ve diğer tedbirlere başvurulduğunda sonuç elde edilemeyeceğine dair makul sebeplere dayalı bir beklentinin mevcut olması şeklinde değişikliğe gidilerek ikincillik ilkesine açıklık getirilmelidir.

İletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin olarak karşılaştırmalı hukuk incelendiğinde, İsviçre ve İngiltere’de yasal düzenleme çerçevesinde ikincilik ilkesine yer verildiği görülmektedir.

³³⁵ Erdem, Gizli Soruşturma Tedbirleri, s. 325.

Avusturya’da ise; ilke doğrudan doğruya AİHS’nin 8. maddesinden çıkarılmaktadır. Almanya’da iletişimin denetlenmesi tedbirinin, başka türlü soruşturma sonuçsuz kalacak veya önemli ölçüde güçleşecekse, ancak bu takdirde uygulanmasına olanak tanınmıştır³³⁶.

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirinin diğer tedbirlere nazaran gizli uygulanması ve kötüye kullanılması ihtimali, ayrıca özel hayatın gizliliği ve bu kapsamda haberleşme hürriyetine getirdiği sınırlamanın ağırlığı nedeniyle orantılılık ilkesinin bir görünümü niteliğindeki ikincilik ilkesi gereği geleneksel koruma tedbirleri ile arasında öncelik sonralık ilişkisi bulunmaktadır. Arama, elkoyma, adli kontrol, tutuklama gibi diğer geleneksel koruma tedbirleri ile telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbiri arasında olayı aynı ölçüde aydınlatma olasılığı bulunduğu anda öncelik sonralık ilişkisi bulunduğu ve bu geleneksel koruma tedbirlerinin iletişimin denetlenmesi tedbirine nazaran önceliği bulunduğu kabulü gerekir³³⁷. Arama, elkoyma, adli kontrol hatta tutuklama tedbirlerinden birisi veya birkaçının uygulanması halinde şüphelinin mahkumiyetine yeterli delil elde edilebilecekse öncelikle bu koruma tedbirleri uygulanmalı, bu koruma tedbirlerinin telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirine nazaran, ikincilik ilkesi gereği önceliği olduğu dikkate alınmalıdır.

Geleneksel koruma tedbirleri dışında CMK’nun 139. maddesinde düzenlenen gizli görevli kullanma ve CMK’nun 140. maddesinde düzenlenen teknik araçlarla izleme tedbirleri bakımından iletişimin denetlenmesi tedbiri ile aralarındaki öncelik sonralık ilişkisi üzerinde duracak olursak; kanımızca bu koruma tedbirleri ile iletişimin denetlenmesi tedbiri arasında öncelik sonralık ilişkisinin bulunmadığının kabulü gerekir. Zira; “başka suretle delil elde edilmesi olanağının bulunmaması” koşuluna açıkça bu tedbirler bakımından da yer verilmiştir³³⁸. Bu koruma

³³⁶ Zafer, Ceza Hukukunda Terörizm, s.206. Almanya’da gizli soruşturma tedbirlerinden iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmasında olayın soruşturulması veya sanığın oturduğu yerin tespiti bakımından başka türlü sonuçsuz kalma veya önemli ölçüde güçleşme kriterlerine yer verilmektedir. Sonuçsuzluk alternatifinin gerçekleşmesi bakımından soruşturmanın başında veya soruşturma devam ederken fiilin ve/veya failin niteliğinden kaynaklanan ve olayın aydınlatılmasını olanaksız kılan bir engelle karşılaşılması ve tedbire başvurulacağı aşamada tedbire başvurulmadığı takdirde açıkça çıkmaz bir sokağa girilmesinden söz edilmektedir. Diğer yandan iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmadığında olayın aydınlatılması kabul edilmeyecek ölçüde güçleşecek ise, önemli ölçüde güçleşme alternatifinin gerçekleştiğinden söz edilmektedir. Erdem, Gizli Soruşturma, 320 vd.; Ünver, Yener, Federal Almanya’da Terör ve Organize Suçluluk İle İlgili Düzenlemeler, Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul 1998, s. 403.

³³⁷ Erdem, Gizli Soruşturma Tedbirleri, 100; Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi, s.603.

³³⁸ Moleküler genetik incelemeler başlıklı CMK’nun 78. maddesinde de; “75 ve 76. maddelerde öngörülen işlemlerle elde edilen örnekler üzerinde, soybağının veya elde edilen bulgunun şüpheli veya sanığa yada mağdura ait olup olmadığının tespiti için zorunlu olması halinde” moleküler genetik inceleme tedbirine başvurulabileceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile orantılılık ve ikincilik ilkelerinin açıkça kabul edildiği görülmektedir. Yani; orantılılık ilkesinin bir sonucu olarak moleküler genetik incelemeye başvurmak gerekli

tedbirlerinin temel hak ve özgürlüklere getirdikleri sınırlama dikkate alınıp bu tedbirlerin her ikisi bakımından da ikincilik ilkesine yer verildiğinden, aralarında öncelik sonralık ilişkisinin bulunmamaktadır. Bu nedenle orantılılık ilkesi gereği olarak somut olaya göre değerlendirme yapılmalı, tedbirlerden hangisi sonuca ulaşmak bakımından daha etkili ise ve temel hak ve özgürlüklere daha az müdahale oluştuyorsa o tedbire öncelik tanınmalıdır. Diğer yandan orantılılık ilkesi gerektirdiği taktirde her üç tedbire de aynı olayda birlikte başvurulabilmelidir. Ancak böyle bir durumda her üç tedbir açısından da kanunda öngörülen koşulların gerçekleşmiş olması gerekir. Böyle bir durumda kanunda öngörülen koşullar farklı olduğu için her bir tedbire ilişkin kararın ayrı ayrı verilmesi ve şartların da ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir³³⁹.

d. Kişi Bakımından

aa. Genel Olarak

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin dinlenmesi tedbiri esas itibarıyla sanık ve şüpheliye yönelik olarak uygulanır (CMK m. 135/1). Tedbire başvurmak için muhakemenin hangi aşamasında bulunulduğu önem taşımaz. Bununla birlikte soruşturma aşamasının sonunda koğuşturmaya yer olmadığı kararı verilmiş ise, artık şüpheliden söz edilemeyeceği için bu karardan sonra aynı kişiye yönelik olarak telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulamaz. Nitekim CMK'nun 137/3 hükmünde; şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi durumunda tedbire son verileceği belirtilmek suretiyle bu husus vurgulanmıştır. Diğer yandan; beraat veya mahkumiyet kararı verilip karar kesinleştğinde şüphe şartı ortadan kalktığı için tedbire başvurulmasına olanak bulunmamaktadır.

4422 sayılı ÇASÖMK'ndan farklı olarak CMK'nun 135/2 hükmünde; “şüphelinin tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınamaz” hükmüne yer verilerek konuşmanın karşı tarafının tanıklıktan çekinme yetkisine sahip olması durumunda, tedbire başvurulması olanağı ortadan kaldırılmıştır. Ancak getirilen düzenleme, birçok yönden eleştiriye açıktır. Öncelikle düzenlemede niçin yalnızca şüpheliden söz edildiği anlaşılamamaktadır. İkinci olarak; düzenlemede böyle bir durumda, iletişimin yalnızca kayda

olmalı, tedbirin ikincil niteliği bakımından da başka bir olanak varsa veya bu yöntem daha önce kullanılmış ise artık tedbire başvurulmasının gerekli olmadığı dikkate alınmalıdır. Özbek, Ceza Muhakemesi, s.493.

³³⁹ Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi, s.593; Erdem, Gizli Soruşturma Tedbirleri, s.100.

alınamayacağına yer verildiği için, CMK'nun 135/1 hükmü anlamında dinleme ve tespit yapılabilmesine bir engel olmadığı sonucu çıkarılabilir. Üçüncü olarak ise; şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, CMK'nun 135. maddesinin uygulanamayacağına ilişkin CMK'nun 136. maddesinde yer alan düzenlemenin CMK'nun 135/2 hükmü karşısında pratik öneminin bulunmadığı söylenebilir. CMK'nun 46. maddesi kapsamında avukatların tanıklıktan çekinme yetkisine sahip olduğu ve CMK'nun 135/2 hükmünün müdafileri de kapsadığı düşünülecek olursa, müdafinin yalnızca bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında CMK'nun 135. maddesinin uygulanamayacağının belirtilmesinin de bir anlamının kalmadığı ileri sürülebilir. Ancak CMK'nun 135/2 hükmünün sadece iletişimin kayda alınmasına yönelik yasak getirdiği; CMK'nun 136. maddesinin ise müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında CMK'nun 135. maddesinin uygulanamayacağını öngörerek iletişimin dinlenmesi, tespiti ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirlerini de kapsamına aldığı düşünüldüğünde düzenlemenin tamamen işlevsiz olduğu söylenemez.

Hemen belirtelim ki; tedbire başvurulduğu sırada üçüncü kişi ile şüpheli veya sanık arasındaki ilişkinin CMK'nun 46. maddesi kapsamında tanıklıktan çekinmeyi gerektirebilecek nitelikte olup olmadığı belli olmayabilir. Bu durum tedbire başvurulmasını engellemez ise de; sonradan ilişkinin bu nitelikte olduğu ortaya çıkarsa, artık tedbirin uygulanmasına devam edilmesine olanak olmadığı gibi, o ana kadar elde edilmiş olan verilerin delil olarak kullanılması da olanaksız hale gelir. Nitekim CMK'nun 135/2 c.2 hükmünde; “kayda alma gerçekleştikten sonra bu durumun anlaşılması hâlinde, alınan kayıtlar derhâl yok edilir” denilmek suretiyle buna işaret edilmiştir.

bb. Tedbire Maruz Kalanlar

aaa. Şüpheli veya Sanık

CMK’nda şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişiminin tespit edilebileceği, dinlenebileceği ve kayda alınabileceği hüküm altına alınmıştır(CMK m.135/1)³⁴⁰. İletişimin denetlenmesi tedbirine ancak şüpheli veya sanık sıfatı bulunan kişiler hakkında başvurulacak olması bu kişiler hakkında bir soruşturmanın açılmasını da zorunlu kılmaktadır³⁴¹. Diğer yandan şüpheli veya sanıkla görüşme yapan üçüncü kişilerin iletişimlerinin de dolaylı olarak dinlenmesi ve kaydedilmesi söz konusu olabilmektedir³⁴². Dolayısıyla iletişimin denetlenmesi tedbiri her ne kadar şüpheli veya sanığa yönelik olsa da; şüpheli yada sanıkla bağlantılı olan kişiler de ister istemez tedbire maruz kalabilmektedir. Haberleşme tek taraflı olmayacağı için bu sonuç kaçınılmazdır³⁴³. İletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulduğu aşamada yapılmakta olan soruşturma yada koğuşturma ile ilgisi olmayan, ancak CMK’nun 135. maddesinin altıncı fıkrasında yer alan bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edildiği takdirde bu delil muhafaza altına alınıp durum derhal Cumhuriyet savcısına bildirilecektir(CMK m.138/2). Bu durumda üçüncü kişi şüpheli haline geldiği takdirde üçüncü kişi hakkında ayrı bir iletişimin denetlenmesi kararı alınmalıdır³⁴⁴. Bazı ülkelerde şüpheli dışında üçüncü kişilerin de iletişiminin denetlenmesine imkan tanınmıştır. Örneğin Alman hukukunda kendisinden şüphelenilmeyen üçüncü kişilerin de iletişiminin denetlenmesine imkan tanınmış iken; CMK’nda sadece şüpheli veya sanık hakkında bu tedbirin uygulanabileceği sınırlayıcı bir şekilde ifade edilmiştir³⁴⁵.

³⁴⁰ CMK’nun tanımlar başlıklı 2. maddesinde şüpheli ve sanığın tanımı yapılmıştır. Buna göre; şüpheli; soruşturma evresinde suç şüphesi altında bulunan kişiyi, sanık ise; koğuşturma başlangıcından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında bulunan kişiyi ifade eder şeklinde tanımlanmıştır.

³⁴¹ Soruşturma kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden, iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi ifade etmektedir(CMK m.2/1-e). Kovuşturma ise iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi ifade etmektedir(CMK m.2/1-f)

³⁴² Gökçen’e göre; hukuk devletinde vatandaşların sadece hak ve yetkileri yoktur. Bazı mükellefiyetlere de katlanma zorunlulukları bulunmaktadır. Bu nedenle üçüncü şahıslar da tedbirle doğrudan ilgili olmamakla birlikte bu tür tedbirlere katlanmak zorundadırlar. Bkz. Gökçen, Elkoyma, s.185.

³⁴³ Doktrinde bir görüşe göre; gizli soruşturma tedbirleri ve bu kapsamda iletişimin denetlenmesi tedbiri ile ilgili olan kişileri üç gruba ayırmak mümkündür. Bunlar; 1. Muhakemeye konu suçun faili veya suç ortağı olarak kabul edilen kişiler, 2. Fail veya suç ortağı ile bağlantı içinde olan kişiler, 3. Tesadüfen tedbirle ilgili olan kişilerdir. Bkz. Erdem, Gizli Soruşturma Tedbirleri, s.326.

³⁴⁴ Özbek, Ceza Muhakemesi, s.426.

³⁴⁵ Yenisey/Altunç, s.1295 vd.; Kunter/ Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.699.; Alman hukukunda dinlemenin sanık dışında üçüncü kişileri de etkilemesi için sanığın üçüncü kişilerin haberleşme aracını kullandığı yada bu kişilerin bu konuda aracılık ettiklerine ilişkin maddi olguların bulunması aranmaktadır. (Alman CMUK m.100a/son) Bkz. Yurtcan, Ceza Yargılaması, s.377.

İletişimin denetlenmesi tedbiri şüpheli veya sanık adına kayıtlı olan iletişim araçları ile bu kişiler adına kayıtlı olmayan ancak fiilen bu kişiler tarafından kullanılan iletişim araçları hakkında uygulanabilir. Şüpheli yada sanığın kullandığı telefon bir şirketin, derneğin yada partinin telefonu ise bu telefonlar da tedbirin kapsamına alınabilir³⁴⁶. Kısaca tedbirin başvurulabileceği iletişim araçları sadece şüpheli yada sanık adına kayıtlı olanlar değil, adına kayıtlı olmasa dahi fiilen kullandıkları iletişim araçlarının tümünü kapsamaktadır. Hakkında tedbire başvuru yapılan kişilerin genellikle kendi adlarına kayıtlı olmayan iletişim araçlarını kullandıkları dikkate alındığında tedbirin işlerlik kazanabilmesi için bu durumun kabulü zorunludur. Bunun yanında iletişim aracının şüphelinin veya sanığın evinde, işyerinde olması da tedbirin uygulanması bakımından önem taşımaz. Ancak hakkında iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanacağı kişilerin kendi adlarına kayıtlı olmayan iletişim araçlarını kullandıkları durumlarda, bu durumun talep ve kararda somut olgulara dayalı olarak açıkça belirtilmesi gereklidir³⁴⁷. Zira; tedbire başvurulurken denetlenecek telefon hattının şüpheli veya sanık tarafından kullanıldığına dair kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması gerekir³⁴⁸. Aksi takdirde; tedbirin uygulama alanı çok genişler ve şüpheli veya sanık dışında üçüncü kişilerin iletişiminin denetlenmesi sonucu ortaya çıkar. Bu durumda da tedbirin üçüncü kişi hakkında uygulanmasına imkan sağlanmış olur³⁴⁹. Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbiri yasanın açık hükmüne aykırı olarak üçüncü kişi hakkında uygulandığında ise; elde edilen delillerin hukuka aykırı delil olarak kabul edilerek delil yasakları kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

CMK'nun 135. maddesinde iletişimin denetlenmesi tedbirine şüpheli veya sanık hakkında başvurulabileceğini, bunlar dışında üçüncü kişiler hakkında tedbire başvurulamayacağını yukarıda belirttik. CMK'nun 135. maddesinde 25.05.2005 tarih ve 5353 sayılı yasanın 17. maddesiyle yapılan değişiklikle, iletişimin denetlenmesi tedbirine “şüpheli veya sanık” hakkında

³⁴⁶ Dönmezer, Çetelerle Mücadele, s.20.

³⁴⁷ Taşkın, İletişimin Denetlenmesi, s.85.

³⁴⁸ İletişime aracılık eden kişinin şüpheli veya sanığın suçu işleyeceğini bilerek ve isteyerek şüpheli veya sanığa yadında bulunduğu veya bulunmakta olduğu durumlarda üçüncü kişi de suça iştirak etmiş olacağından katalog kapsamındaki bir suça ilişkin olarak iletişimi denetlenebilecektir. 01.01.2008 tarihinde yürürlüğe giren yeni Alman CMK'nun 100./3 hükmünde; “karar sadece şüpheli hakkında veya şüphelinin öğrenilmesi için yapılan bildirimleri veya şüpheliden kaynaklanan bildirimleri alan veya ileten veya şüpheli tarafından bağlantılı hatları kullanılan üçüncü kişiler hakkında verilir düzenlemesine yer verilmiştir. (Feridun Yenisey, yayınlanmamış çevirisi, aktaran Seydi Kaymaz, Kaymaz, İletişimin Denetlenmesi, s.168; Değişiklik öncesi düzenleme ise; “karar sadece şüpheliye veya belirli olaylardan, şüpheliye yöneltilmiş olduğu anlaşılan veya şüpheliden sadır olan bildirimleri aldığı veya başkasına ilettiği anlaşılan veya şüphelinin telefonlarından faydalandığı şahıslara yönelik olabilir” şeklindeydi. İçel/Yenisey, s.248; Alman Anayasa Mahkemesi ise; üçüncü kişilerin iletişiminin denetlenmesine imkan tanıyan bu düzenlemeyi Anayasaya aykırı görmüştür. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi, s.699.

³⁴⁹ Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s.422.

başvurulabileceği açıkça hükme bağlanmıştır. Koğuşurma evresinde iletişimin denetlenmesi tedbirine mahkeme veya hakimın karar vermesi gerekir iken; maddede tedbirin sadece hakim kararı ile verilebileceği belirtilmektedir. Kanımızca; iletişimin denetlenmesi tedbiri delil elde etmek amacıyla başvuru bir tedbir olduğundan, soruşturma aşamasında yeterli delil elde edilmesi nedeniyle kamu davası açıldıktan ve iddianamenin kabulü kararı ile koğuşurma aşamasına geçildikten sonra, tedbirin ikincil niteliği de dikkate alındığında bu tedbire başvurulması mümkün değildir. Ayrıca iletişimin denetlenmesi tedbiri özel ve gizli uygulanan tedbirlerdendir. CMK'nun 135/5 hükmünde de bu tedbire ilişkin işlem ve kararların tedbir süresince gizli tutulacağı belirtilmektedir. Ancak yargılama aşamasında ve duruşmada kural olarak CMK'nun 182. maddesinde ifadesini bulan aleniyet ilkesi geçerlidir. İlginin tedbirden haberdar olması halinde tedbirin etkisiz hale geleceği de düşünüldüğünde, söz konusu tedbire sadece soruşturma aşamasında başvurulabileceğinin kabulü gerekir³⁵⁰. İletişim içeriklerinin yok edilmesini düzenleyen CMK'nun 137/3 hükmünde de konunun sadece soruşturma evresi bakımından ele alındığı görülmektedir³⁵¹. Ayrıca başka suretle elde edilen delillere dayalı olarak kamu davası açıldığından, ikincilik ilkesi karşısında tedbirin uygulanabilirliği kalmayacağı gibi, yargılama makamlarının soruşturma makamı yerine geçmeleri aynı zamanda sanığın makul sürede yargılanma hakkının ihlal edilmesine neden olacaktır.

4422 sayılı ÇASÖMK'nun 2. maddesinde iletişimin dinlenmesi ve tespiti işlemlerinin "... kanunda öngörülen suçları işleme veya bunlara iştirak yahut işlendikten sonra faillere her ne surette olursa olsun yardım ve aracılık veya yataklık etme kuşkusu altında bulunan kimseler ..." hakkında uygulanabileceği hüküm altına alınmıştı. Ancak CMK'nun 135. maddesinde şüpheli veya sanık dışında suça iştirak, yardım ve yataklık edenler hakkında açık bir düzenleme bulunmadığı görülmektedir. Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerle, başkasını suç işlemeye azmettirmek suretiyle katalog suçlara iştirak edenler, suçun şüpheli veya sanığı olacakları için bunlarla ilgili olarak iletişimin denetlenmesi kararı verilebileceği hususunda tereddüt yoktur. Kanımızca TCK'nun 39. maddesi kapsamında yardım eden sıfatıyla suça iştirak edenler

³⁵⁰ Aynı yönde; Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s.420; Şahin; Ceza Muhakemesi, s.272; Özen, Muharrem, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Hukukunda Gizli Soruşturma Tedbirleri, TCK-CMK-Kabahatler Kanunu ve İlgili Yönetmeliklerin Uygulamalarının Değerlendirilmesi Semineri Tebliğleri, 10-11 Şubat 2006, Ankara 2006, s.309; Kunter/Yenisey/Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.698.

³⁵¹ Centel/Zafer'e göre; her ne kadar madde metninde koğuşurma, sanık gibi kavramların kullanılmış olması söz konusu tedbire kovuşturma evresinde mahkeme tarafından başvurulabileceğini ortaya koymakta ise de; bu durum yasakoyucunun soruşturma ve kovuşturma kavramlarını 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası dönemindeki anlamlarıyla kullanmış olmasından kaynaklanmaktadır. Söz konusu yasa döneminde öğretiyeye göre soruşturma evresi soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin yapılabildiği evreyi ifade etmekteydi. Soruşturma evresinde de suç isnadı ortaya koyan işlemlerin yapılması ile sanıklık statüsü ortaya çıkabilirdi. Bkz. Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s.420.

bakımından şartları olduğu takdirde iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilmelidir. Bu noktada kanunda asli fail, azmettiren veya yardım eden bakımından ayrıma gidilmediği görülmektedir. Zira; kanunda açıkça iletişimin tespiti, dinlenmesi ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbiri bakımından CMK'nun 135/6 hükmünde yer alan katalog suçları işlediğine dair hakkında kuvvetli şüphe sebepleri bulunan şüpheli ve sanıktan söz edilmektedir. Bu suçların şüphelisi ise suçun asli faili veya azmettireni olabileceği gibi, yardım eden olarak suça iştirak eden şüpheli veya sanık da olabilir³⁵². Buna karşılık suçun işlenişine herhangi bir şekilde iştirak etmeksizin, icra hareketlerinin tamamlanmasından sonra yardım ve yataklık etme eylemi suça iştirak kapsamında değerlendirilemeyeceğinden ve bu eylem TCK'nun 283. maddesinde düzenlenen suçluyu kayırma suçunu oluşturduğundan katalog suçları arasında yer almayan bu suçun şüphelisi hakkında iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması olanaklı değildir.

bbb. Tanıklıktan Çekinebilecek Kişiler

Bazı sosyal menfaatler nedeniyle kişi hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlanarak ceza muhakemesinde maddi gerçeğin araştırılması ilkesine sınırlamalar getirilmiştir. Bu kapsamda bazı meslekleri icra edenlerle, şüpheli veya sanık yakınlarına tanıklıktan çekinme hakkı tanınmıştır³⁵³. CMK'nun 135/2 hükmünde de bu doğrultuda şüpheli ve sanık ile tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasındaki iletişimin kayda alınamayacağı ve bu durumun kayda alma gerçekleşikten sonra anlaşılması halinde de alınan kayıtların derhal yok edileceği öngörülmüştür³⁵⁴. Bu düzenleme ÇASÖMK'nda yer almamaktaydı. Ancak elkoymaya ilişkin 1412 sayılı CMUK'nun 89. maddesinin burada da kıyasen uygulanabileceği kabul edilmektedir³⁵⁵.

Anayasamızın 38. maddesinin 5. fıkrasında yer alan; “hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz”

³⁵² Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi s.176. TCK'nun 282. maddesinde düzenlenen suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçu esasen TCK'nun 283. maddesinde düzenlenen suçluyu kayırma suçunun özel bir görünümü niteliği taşımakla birlikte, bu suça CMK'nun 135/6-a-12 hükmünde yer verildiğinden şüphelisi hakkında iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması mümkündür.

³⁵³ Kişilerin sırlarının ortaya çıkacağı kaygısı gütmeyen, rahatlıkla müdafî ve hekimle görüşebilmeleri için bu meslek sahiplerine tanıklıktan çekinme hakkı tanınmıştır. Feyizoğlu, Metin, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, Ankara 1996, s.158.

³⁵⁴ Doktrinde CMK'nun 135/2 hükmünde yer alan düzenlemede sadece kayıt yasağı getirilerek, dinleme, tespit ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi bakımından bir sınırlama getirilmemiş olması eleştirilmektedir. Bu noktada tanıklıktan çekinebilecek olan kişilerin kendilerine ait telekomünikasyon araçları ile şüpheli veya sanıkla iletişimlerinin tespit ve dinleme işlemleri açısından sınırlandırılması, kendilerine ait olmayan telekomünikasyon araçları ile yaptıkları görüşmelerde ise durumun anlaşılmasından itibaren dinleme ve tespit işlemlerine son verilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Şen, Telefon Dinleme, s.87.

³⁵⁵ Erdem/Özbek, Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi, s.272.; Zafer, Ceza Hukukunda Terörizm, s.209.

hükmü CMK'nun 135. maddesindeki tanıklıktan çekinme hakkı sahipleri ile yapılan iletişimin denetlenmesi yasağının dayanağını oluşturur. CMK'nun 135/2 hükmünde yer alan düzenleme esasen AİHM içtihatlarına uygun olarak madde metnine eklenmiş olup, birçok Avrupa ülkesinde bu yönde hükümlerin bulunmaması nedeniyle ihlal kararı verilmiştir³⁵⁶. Bu itibarla getirilen düzenlemenin olumlu ve yerinde olduğu söylenebilir³⁵⁷.

Tanıklıktan çekinebilecek kişilerin CMK'nda iki şekilde düzenlendiği görülmektedir. Akrabalık nedeniyle tanıklıktan çekinme konusu CMK'nun 45. maddesinde³⁵⁸; meslek veya sürekli uğraş nedeniyle tanıklıktan çekinme ise CMK'nun 46. maddesinde düzenlenmiştir³⁵⁹. Doktrinde CMK'nun 135/2 hükmü kapsamında tanıklıktan çekinebilecek kişiler ile şüpheli ve sanık arasındaki iletişimin kayda alınamayacağını belirtildiği ve müdafinin de CMK'nun 46. maddesi kapsamında tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasında yer aldığı gerekçesiyle CMK'nun 136. maddesindeki düzenlemenin gereksiz olduğu ifade edilmektedir³⁶⁰. Kanımızca bu eleştiriler yerinde değildir. Zira; CMK'nun 135/2 hükmünde iletişimin denetlenmesi şekillerinden sadece “kayda alınma” dan söz edilmekte iken; CMK'nun 136. maddesinde avukat ile şüpheli veya sanık arasındaki mesleki ilişkinin ve savunma hakkının korunması bakımından tüm iletişimin denetlenmesi şekillerini içerecek daha kapsamlı ve açık bir düzenleme getirilmektedir. Avukatın mesleki sırrı koruma yükümlülüğü, sıfatı veya yüklendiği yargı görevi nedeniyle elde ettiği bütün sırları kapsamaktadır. Bu itibarla avukatın müvekkili ile bütün haberleşmesi mesleki sır kapsamındadır. Diğer yandan

³⁵⁶ AİHM'nce verilen Almanya'ya karşı Kopp kararında da bu tür konuşmaların özel bir korumayı gerekli kıldığı vurgulanmıştır. İsviçreli bir avukatın, şüpheli olmayan bir kişi olarak ceza kovuşturmasıyla ilgili telefon dinlemesine konu edilip edilemeyeceği incelenirken, avukat ile müvekkili arasındaki mesleki ilişkinin etkili bir şekilde korunabilmesi için avukat bürosundan yapılan tüm görüşmelerin mesleki nitelikte olduğu kabul edilerek AİHS'nun 8. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Bkz. Kühne, Hans/Heiner, Avukat Telefonlarının Dinlenmesi, (AİHM Kararı Değerlendirmesi) çev. Hakan Hakeri, Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Ankara 2004, s.106.

³⁵⁷ Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi, s.175; Doktrinde; ülkemizdeki organize suç örgütlerinin genel profili değerlendirildiğinde suç örgütü üyesi kişilerin birbirleriyle akrabalık ilişkisi içinde bulundukları, bu kişilerle kurulan iletişimin denetlenememesinin örgütlü suçlarla mücadelede zaafiyete neden olacağı ileri sürülmektedir. Bkz. Arslan, Feyzullah, CMUK ile ilgili Sorun ve Öneriler, Polis Dergisi, Yıl, 11, Sayı 45, Ekim-Kasım-Aralık 2005, S. 4-8, s.6.

³⁵⁸ CMK'nun tanıklıktan çekinme başlıklı 45. maddesine göre; a. Şüpheli veya sanığın nişanlısı, b. Evlilik bağı kalmasa bile şüpheli veya sanığın eşi, c. Şüpheli veya sanığın kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoy, d. Şüpheli veya sanığın üçüncü derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları, e. Şüpheli veya sanıkla aralarında evlatlık bağı bulunanlar tanıklıktan çekinme hakkına sahiptirler.

³⁵⁹ CMK'nda tanıklıktan çekinme konusundaki diğer düzenleme ise mesleki veya sürekli uğraş sebebiyle tanıklıktan çekilmeye ilişkin düzenleme getiren CMK'nun 46. maddesidir. Buna göre; a. Avukatlar veya stajyerleri veya yardımcılarının, bu sıfatları dolayısıyla veya yüklendikleri yargı görevleri nedeniyle öğrendikleri bilgiler, b. Hekimler, diş hekimleri, eczacılar ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları veya bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler, c. Mali işlerde görevlendirilmiş müşavirler ve noterlerin bu sıfatları dolayısıyla öğrendikleri bilgiler nedeniyle tanıklıktan çekinme hakkına sahiptirler.

³⁶⁰ Bkz. Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi, s.598; Erdem, İletişimin Denetlenmesi, s.101.

CMK'nun 136. maddesi müdafilik sıfatıyla ilgili geniş bir yasak getirmekte iken; CMK'nun 135/2 hükmü kapsamına her türlü avukatlık ilişkisi girmekte ve yasak kayda alma ile sınırlı kalmaktadır.

Ceza Muhakemesi Kanununun 136. maddesinde sadece müdafinin bürosu, konutu ve işyerindeki telekomünikasyon araçlarından söz edildiği için müdafî bakımından getirilen denetleme yasağının sadece belirtilen yerlerle sınırlı tutulup mobil telefonlara ilişkin düzenlemeye madde metninde yer verilmemesi eleştirilmektedir³⁶¹. Kanun hükmüyle avukat ile müvekkili arasındaki mesleki ilişkinin telefon görüşmelerinin güvenilirliği aracılığıyla korunması sağlanırken aslında meslek sırrı ve savunma hakkı koruma altına alınmaktadır. Maddenin düzenleniş amacı da dikkate alındığında müdafinin şüpheli ve sanıkla her türlü iletişiminin denetlenmesinin yasaklanmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. CMK'nun 136. maddesinde sadece müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkındaki iletişimin denetlenmesinin değil, mobil telefonla iletişiminin denetlenmesi yasağının da açıkça düzenlenmesi gerekirdi³⁶². Ancak bu eksiklik şüpheli ve sanığın tanıklıktan çekinecek kişilerle arasındaki iletişimin kayda alınamayacağını öngören CMK'nun 135/2 hükmü ile kısmen giderilmektedir. Avukatlar CMK'nun 46. maddesi kapsamında tanıklıktan çekinme hakkına sahip olduklarından ve CMK'nun 135/2 hükmü bu kapsamda müdafileri de kapsadığından müdafilerin mobil telefonla yaptıkları görüşmeler kayda alınamaz³⁶³.

Müdafîye ilişkin olarak getirilen denetim yasağı şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla öngörüldüğü için, müdafî suç işleme şüphesi altında olduğu takdirde CMK'nun 135. maddesinde öngörülen şartlar oluştuğunda bu maddeye göre müdafî hakkında da iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilecektir. Şüpheli veya sanık ile tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan diğer kişiler arasında kurulan iletişim bakımından da şüpheli ve sanık müdafîinde olduğu gibi, tanıklıktan çekinebilecek kişinin iletişim anına kadar şüpheli sıfatını kazanmamış ve ceza soruşturmasına bu sıfatla dahil edilmemiş olması kaydıyla, CMK'nun 135/2 hükmünde öngörülen güvenceden yararlanması mümkündür.

Şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinme hakkı olanlarla kuracağı iletişimin denetlenemeyeceğine ilişkin olarak 14.01.2007 tarih ve 26434 sayılı yönetmeliğin 7. maddesinin 2.

³⁶¹ Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi, s.201.

³⁶² Sevük, Handan Yokuş, Postada Elkoyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, TBBD, S.69, Ankara 2007, s. 119.

³⁶³ Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi, s.201; Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi, s.598; Özbek, Ceza Muhakemesi, 427.

fıkrasının son cümlesinde CMK'nun 135. maddesinin 2. fıkrasında yer almayan bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre; “Ceza Muhakemesi Kanunun 135 nci maddesinde belirtilen yasal şartlar varsa suç işleme şüphesi altındaki tanıklıktan çekinme hakkı olan şahıslar hakkında da hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla bu tedbire başvurulabilir”. Görüldüğü üzere CMK’nda yer almamasına rağmen yönetmelikle yasağın kapsamı daraltılmış ve suç işleme şüphesi altında bulunan tanıklıktan çekinme hakkı sahipleriyle, şüpheli veya sanığın kuracağı iletişimin denetlenebileceği ve elde edilen delillerin imha edilmeyeceği hüküm altına alınmıştır. Düzenleme bir yandan temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanabileceğini öngören ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının genel çerçevesini çizen Anayasanın 13. maddesi ile haberleşme hürriyetini güvence altına alan Anayasanın 22. maddesine aykırılık teşkil ettiği gibi; diğer yandan da yönetmeliklerin kanuna aykırı olamaması esasını getiren normlar hiyerarşisine de aykırılık teşkil etmektedir. Danıştay 10. Dairesi de söz konusu hükümle ilgili olarak yürütmeyi durdurma kararı vermiş ve hükmün uygulanmasını durdurmuştur³⁶⁴. Ancak Danıştay 10. Dairesince verilen yürütmenin durdurulması kararına karşı davacı İstanbul Barosu Başkanlığı ve davalı Adalet Bakanlığının itirazı üzerine Danıştay İdari Dava Daireler Kurulu’nun 15.05.2008 tarihli kararı ile Danıştay 10. Dairesi’nin yürütmenin durdurulması isteminin kısmen kabul kısmen reddine dair verilen kararının yönetmeliği çıkaran davalı idarenin düzenleme yetkisinin sınırlarının ortaya konulması gerektiği gerekçesi ile kaldırılmasına karar verilmiştir³⁶⁵.

³⁶⁴ Danıştay 10. Dairesinin 16.10.2007 tarih ve 2007/2795 sayılı kararı.(yayınlanmamış Danıştay kararı).

³⁶⁵ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu kararında konuya idari işlemin yetki unsuru yönünden yaklaşmaktadır. Karara göre; “İdare Hukukunda yetki idareye Anayasa ve yasalarla tanınmış olan karar alma gücünü ifade etmektedir. Bu yönüyle idari işlemin en temel unsurunu oluşturan yetki yasayla hangi makama verilmiş ise ancak onun tarafından kullanılabilir. İdare hukukunda ‘yetkisizlik kural yetkili olma istisna’dır. Bu istisna ise, yetkinin, yasayla gösterilen hallerde ve yine yasayla gösterilen idari merciler tarafından kullanılmasıdır. Bu nedenle yetki yasanın açık izni olmadan devredilemez. Anayasa’nın 123. maddesi uyarınca, kuruluş ve görevleri yasayla düzenlenmek durumunda olan idarenin kendi düzenleme yetkisi de yasalarla sınırlı olduğundan, yetki kuralları genişletici yoruma tabi tutulamaz.

Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle Ceza Muhakemesi Yasası kapsamında idarenin düzenleme yetkisinin sınırlarının belirlenmesi gerekmektedir. İtiraza konu kararda da vurgulandığı gibi, yargılama usulü ile ilgili konular yargı yerini ilgilendirdiği için, yargılama usulü yasalarının uygulanmasına ait alt düzeydeki normların konusu ve kapsamı ilgili yasa metninin lafızıyla sınırlıdır.

Buna karşılık idarenin ceza muhakemesinin maddi içeriğine ait kuralların uygulanmasına ilişkin düzenleme yetkisinin sınırı ise, öncelikle ve tartışılmaz biçimde yargılama yetkisi ve daha sonra da İdare Hukukunda ‘yetkinin’ anlamı ve kapsamı oluşturmaktadır.

Bu durum ‘Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik’ yönünden somutlaştırılabilir.

... Öte yandan, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Yasasında yönetmelik ile belirlenecek ve gösterilecek hususlar açıkça belirtilmiştir. İletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izlemeye ilişkin bulunan 135-140. maddelerinde ise davalı idareye yönetmelik ile düzenleme yetkisi veren herhangi bir kural bulunmamaktadır.

... Bu bağlamda, dava konusu Yönetmelik kurallarının hukuka uygunluğunun denetimi için, öncelikle davalı idarenin düzenleme yetkisinin sınırlarının ... ortaya konulması ve yürütmenin durdurulması istemi hakkında buna göre karar verilmesi gerektiği açıktır” gerekçesi ile Danıştay 10. Dairesince verilen yürütmenin durdurulması isteminin kısmen kabul kısmen reddine dair verilen kararın kaldırılmasına karar verilmiştir.

ccc. Müdafî İle Gerçekleştirilen İletişimin Denetlenmesi

Ceza Muhakemesi Kanununun 136/1 hükmüne göre; şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafîin bürosu, konutu ve yerleşim yerlerindeki telekomünikasyon araçları hakkında CMK'nun 135. madde hükmü uygulanamaz. Savunma dokunulmazlığının önemini dikkate alan kanunkoyucu CMK'nun 154. maddesinde öngörülen denetim ve izleme olmaksızın görüşme ve yazışma hakkının bir sonucu olarak şüpheli ve sanıkla müdafî arasındaki iletişimin denetlenmesini yasaklamıştır³⁶⁶. CMK'nun 136/1 hükmünde yer alan düzenleme esasen CMK'nun 135/2 fıkrasında yer alan düzenleme ile büyük ölçüde örtüşmektedir. Zira; müdafî de tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasında yer almaktadır. Diğer yandan CMK'nun 135/2 ve 136. maddesinde yer alan hükümler, müdafîin suç şüphesi altında olmadığı durumlarda şüpheli veya sanığa isnat olunan suça ilişkin olarak müdafîin iletişiminin denetlenmesine ilişkindir. Ancak CMK'nun 135. maddesinin ikinci fıkrasında sadece iletişimin kayda alınması yasaklandığı halde; CMK'nun 136. maddesinde getirilen yasak bütün iletişimin denetlenmesi işlemleri için öngörülmüştür. Ayrıca CMK'nun 136. maddesi büro, konut ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları ile ilgili, yani mekana bağlı bir sınırlama getirdiği halde; CMK'nun 135. maddesinin ikinci fıkrası bu alanlar dışında da müdafîin iletişiminin kayda alınmasını yasaklamaktadır³⁶⁷. CMK'nun 136. maddesinde mobil telefonlar ve madde metninde sayılan yerler dışındaki iletişim araçları ile gerçekleştirilen iletişimin denetlenmesine ilişkin olarak yasaklama getirilmemiş ise de; düzenlemede mobil telefon ile büro, konut ve yerleşim yeri dışındaki iletişim araçları yönünden de müdafî ile şüpheli veya sanık ile yapılan iletişimin denetlenebileceğine ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Kanımızca bu durumda temel hak ve özgürlükler lehine genişletici yorum yapılması mümkündür. Müdafî ile şüpheli veya sanık arasındaki iletişimin denetlenmesi yasağının getirilmesinin amacı meslek sırrı ile savunma hakkının ve dokunulmazlığının güvence altına alınması olduğundan, müdafî ile şüpheli veya sanık arasındaki sabit telefonlar dışında kalan mobil telefonlarla ve madde metninde sayılanlar yerler dışındaki iletişim araçları ile gerçekleştirilen iletişimin denetlenmesinin de mümkün olmadığının kabulü gerekir.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu 15.05.2008 T. ve 2008/159 YD. İtiraz Sayılı Kararı. (Yayınlanmamış Danıştay Kararı)

³⁶⁶ Yurtcan, Ceza Yargılaması, s.374; Şen, Telefon Dinleme, s.88.

³⁶⁷ Şahin, Ceza Muhakemesi, s.272.

ddd. Tutuklu ve Hükümlünün İletişiminin Denetlenmesi

Anayasamızın 22. maddesine göre; herkes haberleşme hakkına sahiptir ve haberleşmenin gizliliği esastır. Haberleşmenin engellenmesi ve gizliliğine dokunulması, ancak kanunda açıkça gösterilen hallerde usulüne göre verilmiş hakim kararıyla, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise kanunla yetkili kılınan merciin yazılı emriyle mümkündür. İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilecektir. Diğer yandan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine göre de; herkesin haberleşme hürriyetine saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bu hakka müdahale koşulları ise sözleşmede düzenlenmiştir(AİHS m.8)³⁶⁸.

Haberleşme hakkı herkes için olduğu gibi tutuklunun da hakları arasında yer alır (CGİK m.114). Anayasa'nın 22. maddesinin birinci fıkrasında haberleşmenin gizliliğinin esas olduğu ifade edildikten sonra, istisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşlarının ilgili kanunda belirtileceği ifade edilmiştir. Anayasa'nın 22/son hükmünde öngörülen istisnanın uygulanacağı kurumlardan biri de tutukevleridir³⁶⁹. İstisnai olarak tutukluların yazılı haberleşmeleri ve telefonla görüşmeleri soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, koğuşturma evresinde ise hakim veya mahkemece kısıtlanabilir(CGİK m.114, 115). Tutukluların ceza infaz kurumlarında ve çocuk cezaevlerinde araç telefonu, telsiz telefon veya cep telefonu ile benzeri iletişim araçları bulundurmaları ve kullanmaları yasaktır. Ancak idarenin kontrolü altındaki ücretli telefonlarla görüşme yapmaları, zorunlu hallerde kuruma ait telefon ve faks cihazlarından yararlanmaları mümkündür(CGİK m.66). Ayrıca tutuklu disiplin cezası olarak haberleşmeden yoksun bırakılabilir veya haberleşmesi kısıtlanabilir. Bu disiplin cezasının süresi ise bir aydan üç aya kadardır. Ceza mektup, faks ve telgraf almak veya yollamaktan, televizyon izlemekten, radyo dinlemekten, telefon etmekten ve diğer iletişim araçlarından yararlanmaktan tamamen veya kısmen yoksun bırakılmayı kapsar (CGİK

³⁶⁸ AİHM cezaevi ve tutukevi hayatının bizatihi kısıtlı ve sınırlı bir hayat olması nedeniyle burada tutulanların haberleşme özgürlüğü ve hakkına -haberleşmenin gizliliği de dahil olmak üzere- müdahaleyi tutuklu ve hükümlü kişinin özel durumunu gözönünde tutarak, AİHS'nin 8/II hükmü açısından ele almaktadır. AİHM birçok kararında kurumun düzenini sağlama zorunluluğu ile bağlantılı sınırlamalara yer verilebileceğini ve bu bağlamda tutukluların yazışmalarının denetlenebileceğini açıkça belirtmektedir. Bkz. Yokuş, Sevük Handan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklu ve Hükümlülerin Dış Dünya ile İletişimi, AÜEHFD, C.7, S.3-4, Y. 2003, s.344 vd.

³⁶⁹ Doktrinde bir görüşe göre; tutukluların yazılı gönderilerinin denetlenmesinin kural olmaması, tutuklamanın amacının veya tutukevinin disiplininin sağlanmasının gerekli kılmasına bağlı tutulması; tutuklamanın amacının veya tutukevinin disiplininin tehlikeye düşeceği konusunda somut dayanak noktaları yoksa tutuklunun mektuplaşmasına müdahale edilmemesi gereklidir. Bkz. Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s. 375; Centel, Tutuklama, s. 108.

m.42). Ancak bu kısıtlama ceza muhakemesinin gerçekleştirilmesi amacıyla olmalı ve gerekçesi gösterilmelidir. Diğer yandan tutukluların yazılı gönderilerinin denetlenmesi kural olmamalı, tutuklamanın amacının yada tutukevinin disiplinin sağlanmasının gerekli kılmasına bağlı olmalıdır³⁷⁰.

CMK'nun 154/1 hükmünde şüpheli ile sanığın müdafii ile yazışmalarının denetime tutulmayacağı öngörülmektedir. Şüpheli veya sanığın tutuklu olması halinde de yazışmaları denetime tabi tutulamaz. CMK'nun 154. maddesinde öngörülen denetim yasağının, sanığın AİHS'nin m.6/III (c) hükmünde öngörülen savunma hakkının yanında, AİHS'nin 6/III (b) hükmünde belirtilen sanığın savunmasını hazırlamak için yeterli zamana ve kolaylığa sahip olma hakkı göz önünde bulundurarak, tutuklu ile müdafinin birbirlerine yazdıkları mektupların derhal yerine ulaştırılmasını da kapsayacak şekilde anlaşılması gerekir³⁷¹. Diğer yandan tutuklunun müdafii ile olan haberleşmesine, kurum düzeni çerçevesinde temas ve görüşmelerine hiçbir suretle engel olunamayacağı ve kısıtlamalar konulamayacağı CGİK ile de güvence altına alınmıştır³⁷².

Tutuklu veya hükümlülerin Avrupa Komisyonu veya AİHM ile haberleşmelerine ilişkin olarak 5 Mart 1996'da imzaya açılan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Önündeki Yargılama Sürecine Katılan Kişilere İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 3. maddesi mahkemeye haberleşme hakkı başlığını taşımaktadır. Buna göre;

³⁷⁰ CGİK yürürlüğe girmeden önce de mevzuatta tutukevi düzeninin bozulması ve tutuklama ile gözetilen amacın ihlal edilmesini önlemek amacıyla mektupların açılmasına, sansüre tabi tutulmasına ve yok edilmesine ilişkin bir hükmün bulunmaması, Cezaların İnfazına Dair Tüzüğüne ise sadece hükümlülerin mektuplarının kontrolünü düzenlemesi ve bu nedenle tutukluların mektuplarının kontrolüne ilişkin yapılan faaliyetlerin Anayasaya aykırı olduğunu belirtmekteydi. Bkz. Feyizoğlu, Metin, Hürriyeti Bağlayıcı Cezalarda Tutuklama Koruma Tedbirinde Hürriyetin Sınırlanmasının Kapsamı, Sınırı ve Usulü Üzerine Bir Deneme, Yeni Türkiye 1996/10 s.704-705.

³⁷¹ Sevük, Telekomünikasyon, s.122.; AİHM İngiltere'ye karşı Golder davasında başvuru Golder'in İçişleri Bakanlığı tarafından haberleşmesinin engellenmesini sözleşmenin 8. maddesinden kaynaklanan hakka müdahale olarak değerlendirmiştir. Karara konu olayda başvuru Golder soygun nedeniyle cezaevinde yatan bir mahkumdur. Mahkeme hükümlünün haberleşmesinin engellenmesinin hapisliğin olağan ve makul koşullarının gözönünde tutularak değerlendirilmesi gerektiğini ifade ederek, hukuka uygun bir özgürlükten yoksun bırakmanın sadece bu aşamaya kadar 8. maddenin ihlaline sebep vermeyeceği sonucuna ulaşmıştır. Diğer yandan mahkeme olayda başvuru avukata ulaşmasına izin verilmemesinin haklı sebebe dayanmadığından bu durumun sözleşmenin 8. maddesinin ihlali sonucunu doğurduğuna karar vermiştir. (Case Of Golder v./ U.K., 445170, 21.02.1975 pr.45) Bkz. Jacobs, Francis G./White, Robin C. A., The European Convention on Human Rights, Fourth Edition, Oxford, 2006, s.200.

³⁷² 5275 sayılı Kanunun 114/5 hükmüne göre; "tutuklunun müdafii ile olan haberleşmesine ve kurum düzeni çerçevesinde temas ve görüşmelerine hiçbir suretle engel olunamaz ve kısıtlamalar konulamaz". AİHM de İsviçre'ne karşı Schönenberger ve Durmaz davasında uyuşturucu suç nedeniyle gözaltında bulunan Durmaz'a eşi tarafından tutulan Avukat Schönenberger tarafından gönderilen mektubun ve vekalet formlarının savcı tarafından engellenmesinin haberleşmeye saygı hakkının ihlali olduğuna oybirliği ile karar vermiştir. Mahkeme hükümetin mektupta tavsiyelerin olduğuna ilişkin iddiaları karşısında bu tavsiyelerin hukuk dışı olmadığını ve idareye yönelik tehdit oluşturmadığını ifade etmiştir. (Schönenberger and Durmaz / Switzerland, 11368/85, 20.06.1988)

“1. Sözleşmecı devletler, bu anlaşmanın birinci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen kişilerin mahkemeye serbestçe haberleşme hakkına saygı gösterir.

2. Tutuklu bulunan kişiler bakımından bu hakkın kullanılması, özellikle aşağıdaki konuları ifade eder:

a) Bu kişilerin haberleşmeleri gereksiz yere geciktirilmeden ve değiştirilmeden gönderilir ve kendilerine verilir;

b) Bu kişiler, usulüne uygun olarak mahkemeye gönderdikleri haberleşmeler nedeniyle hiçbir biçimde disiplin tedbirine maruz bırakılamazlar;

c) Bu kişiler mahkemeye yaptıkları bir başvuru nedeniyle tutulmaları veya bu başvurudan kaynaklanan bir takibata uğramaları halinde, o ülkedeki mahkemelerin önüne çıkma yetkisine sahip bir hukukçuyla irtibat kurma ve danışma hakkına sahiptir.

3. Bir önceki fıkranın uygulaması sırasında, hukuka uygun olarak ve ulusal güvenlik, suçların araştırılması ve kovuşturulması veya sağlığın korunması için demokratik toplumda gerekli olan müdahaleler dışında, kamu makamları tarafından hiçbir müdahalede bulunulamaz”³⁷³.

Türkiye bu sözleşmeyi 3 Temmuz 2002 tarihinde Strasbourg’da imzalamıştır. 05.05.2004 tarih ve 5166 sayılı yasa ile de sözleşmenin onaylanması uygun bulunmuştur³⁷⁴.

cc. Özel Soruşturma Usullerine Tabi Kişilerin İletişiminin Denetlenmesi

aaa. Milletvekilleri

CMK’nda hakkında iletişimin denetlenmesi kararı verilecek kişilerin konum ve görevi bakımından bir istisnaya yer verilmemiştir. Hakkında soruşturma başlatılan herkesin şartları olduğu takdirde iletişimi denetlenebilir³⁷⁵. Şüpheli veya sanığın özel soruşturma kurallarına bağlı olması veya dokunulmazlıktan yararlanması onun hakkında bu tedbirin uygulanmasına engel değildir³⁷⁶. Almanya’da Anayasada yer alan dokunulmazlık kapsamında milletvekillerinin iletişiminin denetlenemeyeceği kabul edilmekte, bu konuda özel düzenleme yapılması gerekliliği

³⁷³ Sözleşme metni için bkz. Doğru, Osman, İnsan Hakları Uluslararası Mevzuatı, İstanbul 1998.

³⁷⁴ Bkz. 12.05.2004 T. ve 25460 sayılı R.G.

³⁷⁵ Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi s.605

³⁷⁶ Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi, s.595.

dile getirilmektedir³⁷⁷. Fransız CMK'nun 100/7 hükmünde de milletvekillerinin iletişiminin denetlenmesi konusunda bir hüküm yer almaktadır. Buna göre; "Soruşturma hakimi tarafından milletvekilinin bağlı olduğu meclis başkanına bilgi verilmedikçe hiçbir halde bir milletvekili yada senatörün hattı üzerinde iletişimin denetlenmesi tedbiri gerçekleştirilemez". Görüldüğü üzere Fransız CMK'nda milletvekili veya senatör hakkında iletişimin denetlenmesi tedbiri uygulanabilmesi için soruşturmayı yürüten hakim tarafından bağlı bulunulan meclis başkanına bilgi verilmesi öngörülmekte ve bu sayede soruşturmanın kamuoyu ve şüpheli milletvekili tarafından bilinmesi önlenmektedir³⁷⁸.

Milletvekillerinin sıfatları dolayısıyla haklarında ceza muhakemesine ilişkin bazı işlemlerin yapılamaması ayrıcalığına sahip olmalarına milletvekili dokunulmazlığı denir³⁷⁹. Milletvekillerine görevlerini yerine getirirken her türlü baskı ve endişelerden uzak kalmalarını sağlamak, keyfi ve asılsız nedenlerle görevlerini yapmaktan alıkonulmalarını önlemek ve bu yolla milli iradenin parlamentoda gereği gibi oluşmasını sağlamak için yasama dokunulmazlığı tanınmıştır³⁸⁰. Anayasamızın yasama dokunulmazlığı başlıklı 83. maddesinde dokunulmazlığın kapsamına, seçimden önce veya sonra işlendiği ileri sürülen suçların girdiği ifade edilmektedir³⁸¹. Anayasamızda suçtan söz edildiği için suçun niteliği, hükmedilen veya öngörülen cezanın ağırlığı önem taşımamaktadır. Anayasamızda öngörülen yasama dokunulmazlığı, milletvekilleri hakkında ceza muhakemesi işlemlerinden bazılarının yapılmasını engeller. Bu işlemler gözaltına alma (CMK m.91 vd.), sorguya çekme (CMK m.147-148), tutuklama (CMK m.100) ve yargılamadır. Milletvekili hakkında Anayasada öngörülen bu istisnalar dışında soruşturma işlemleri yapılabilir ve dava açılabilir. Zira; yasakoyucu sınırlı olarak sayılan tedbirler dışında diğer tedbirlere de başvurulamayacağını kastetseydi bu tedbirleri Anayasada açıkça belirtirdi. Bu nedenle; milletvekilinin ikametgahında arama yapılması veya tanık sıfatıyla dinlenmesi mümkündür³⁸². Diğer yandan milletvekili hakkında Anayasada sınırlı olarak sayılan tedbirler dışında kalan

³⁷⁷ Erdem/Özbek, Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi, s.272.

³⁷⁸ Taşkın, İletişimin Denetlenmesi, s.87.

³⁷⁹ Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s.69.

³⁸⁰ Ünal, Şeref, Yasama Dokunulmazlığı, AD., Y.78, S. 6, Kasım-Aralık 1987, s.10; Feyizoğlu, Metin, Yasama Dokunulmazlığı Üzerine Düşünceler, Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004, s.398; Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2006, s.151.

³⁸¹ Doktrinde; meclis faaliyette bulunmadığı zaman milletvekili dokunulmazlığına gerek bulunmadığı, meclisin devamlılığı kuralının dokunulmazlığın da onunla birlikte devamını gerektirmediği, milletvekilinin milletvekilliği görevini ne zaman yerine getiriyorsa o zaman dokunulmazlığının olması ve bunun dışında genel sorumluluk kurallarına tabi bulunması gerektiği, dolayısıyla şüpheli milletvekili hakkında toplantı zamanı dışında soruşturma yapılabilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Bkz. Başgil, Ali Fuat, Teşrii Mesuliyet Meselesi, İHFM C.7, S.1, İstanbul 1940, s.25 vd.

³⁸² Dönmezer, Sulhi/Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku C.I, İstanbul 1997, s.272, 273; Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s.70.

telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirine de şartları olduğu takdirde başvurulabilir³⁸³.

bbb. Hakimler ve Savcılar

Hakim ve savcılar hakkında da şartları olduğu takdirde telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilir. Hakimler ve Savcılar Kanununun³⁸⁴ 93. maddesine göre hakim ve savcıların kişisel suçlarından dolayı soruşturma yapılması izne tabi değildir. Diğer yandan hakim ve savcılarının görevleri sırasında ve görevleri sebebiyle işledikleri, ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçlara ilişkin suçüstü hallerinde de Hakimler ve Savcılar Kanununun 94. maddesine göre Adalet Bakanlığından soruşturma izni alınması gerekli değildir. Gerçekten; Hakimler ve Savcılar Kanununun 88. maddesinin 1. fıkrasında; “Ağır cezayı gerektiren suçüstü halleri dışında suç işlediği ileri sürülen hakim ve savcılar yakalanamaz, üzerleri ve konutları aranamaz, sorguya çekilemez. Ancak bu durum Adalet Bakanlığına bildirilir...” hükmüne yer verilmiştir. Maddenin ikinci bendinde de bu fıkra hükmüne aykırı hareket eden kolluk kuvvetleri amir ve memurları hakkında Cumhuriyet savcılığı tarafından doğrudan doğruya soruşturma ve koğuşturma yapılacağı öngörülmektedir. Bu hükme aykırı hareket edilmesi halinde idare aleyhine tazminat davası da açılabilmektedir³⁸⁵.

Hakim ve savcılarının kişisel suç ve ağır cezayı gerektiren suçüstü halleri haricinde görevleri sırasında ve görevleri sebebiyle işlemiş oldukları suçlara ilişkin olarak soruşturma ve kovuşturma yapılması ise 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 82 ve 87. maddeleri kapsamında Adalet Bakanlığının iznine tabidir. Hakkında soruşturma izni verilen hakim veya savcının yürüten soruşturma kapsamında yetkilendirilen adalet müfettişi, hakim veya savcı tarafından savunması alınabileceği gibi, hakkında koruma tedbirleri de uygulanabilir³⁸⁶. Bu aşamada görev sırasında veya görev nedeniyle işlenen suçlardan dolayı şartları olduğu takdirde telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması da mümkündür³⁸⁷.

³⁸³ Aksi görüş için bkz. Kaymaz, İletişimin Denetlenmesi, s.208.

³⁸⁴ Bkz. 24.02.1083 T. ve 2802 sayılı kanun (26.02.1983 T.-17971 sayılı R.G.).

³⁸⁵ Danıştay, Yüksek Hakimler Kurulundan izin almadan evi aranan hakimin açtığı tazminat davasını kabul etmiş ve idareyi, hakimi hakimlik yaptığı ilçede ve yasalara aykırı, aynı zamanda hizmet gerekleri ile bağdaşmayan bir muameleye maruz bırakmış olması ve böylece ağır bir hizmet kusuru işlemesinden dolayı manevi tazminat ödemeye mahkum etmiştir. (Bkz. Dan. 18. D., 22.03.1997 T. 1975/2395E. ve 1997/842 K. sayılı kararı, İBD. Y. 1979, s.677.)

³⁸⁶ Özen, Muharrem, Hakim Cezai Sorumluluğu, Ankara 2004, s.272.

³⁸⁷ Bkz. Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç Mustafa, Ceza ve Usul Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı ve Özel Soruşturma Usulleri, Ankara 2007, s.787.

2802 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun yetkiler başlıklı 101. maddesinde; “Adalet müfettişleri lüzum gördükleri kimseleri yeminle dinler gerektiğinde istinabe yoluna başvurabilir ve soruşturmanın zorunlu kıldığı hallerde arama yaparlar. Sübut delillerini, gereken bilgileri bütün daire ve kuruluşlardan doğrudan doğruya toplarlar. Adalet müfettişlerince yapılacak denetim, inceleme ve soruşturmalarda ilgili kuruluş ve kişiler istenecek her türlü bilgi ve belgeyi vermek zorundadırlar” hükmüyle soruşturma yapmakla yetkilendirilen adalet müfettişlerinin yetkileri düzenlenmiştir. Kanımızca bu düzenleme doğrultusuna iletişimin tespitine ilişkin kayıtların ilgili kuruluşlardan doğrudan istenebilecek bilgiler arasında değerlendirilmesi mümkün değildir. Zira; CMK’nun 135. maddesinde öngörülen ve şüpheli veya sanık hakkında uygulanan koruma tedbirlerinden iletişimin tespiti tedbirine karar verme yetkisi kural olarak hakime aittir³⁸⁸. Ayrıca Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliğinin³⁸⁹ inceleme ve soruşturmanın yapılışı başlıklı 98/1-ç hükmünde adalet müfettişlerince yapılacak soruşturmalarda; “istinabe, tanık dinlenmesi, arama, elkoyma, keşif, haberleşmenin tespiti ve dinlenmesi gibi delil toplama işlemleri sırasında Ceza Muhakemesi Kanununun hükümleri ile birlikte 2802 sayılı Kanunun 101 inci maddesindeki yetkiler kullanılır, hâkim ve Cumhuriyet savcıları lehine 2802 sayılı Kanunun 85 ve 88 inci maddelerinde yer alan kısıtlayıcı hükümler dikkate alınır” hükmüne yer verilmiştir. Bu noktada adalet müfettişine koruma tedbirleri bakımından verilen yetkinin, yapılan soruşturmada hakim yetkisi mi yoksa Cumhuriyet savcısı yetkisi mi olduğu düşünülebilir. Adalet Bakanı adına, idari nitelikte görev ifa eden adalet müfettişlerinin hakim sıfatına haiz olsalar dahi hakimlik görevini yerine getirmedikleri düşünüldüğünde, soruşturmadaki yetkilerinin Cumhuriyet savcısı yetkisi olduğunun kabul edilmesi gerekir. Yapılan işlem ise hakim veya Cumhuriyet savcısı hakkında kamu davası açılmasına yer olup olmadığına karar

³⁸⁸ Yargıtay’ın kanun yararına bozma istemine ilişkin olarak vermiş olduğu kararına göre; “... suç şüphesi altında bulunmayan, yani şüpheli ve sanık sıfatı taşımayan bir kişi hakkında iletişimi tespiti kararı verilmesi olanaklı değildir. Kaldı ki; 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 82. maddesinin yollamasıyla 101. madde ile verilen yetki gereğince soruşturma yapan Söke Başsavcısının, gereken bilgileri tüm daire ve kuruluşlardan doğrudan doğruya toplaması mümkün olup, soruşturmalarda ilgili kuruluş ve kişiler istenecek her türlü bilgi ve belgeyi vermek zorundadır. Bu itibarla, Yerel Mahkemenin iletişimin tespiti yolundaki istemin reddine dair kararı yerinde olup, kanun yararına bozma isteminin reddi gerekir”. Yrg. 4 . C.D.’nin 06.11.2007 T., 2007/8700E. ve 2007/8903 K. sayılı kararı (Yayınlanmamış Yargıtay Kararı). Kanımızca; kararda suç şüphesi altında bulunmayan, hakkında disiplin soruşturması yürütülen kişi hakkında iletişimin tespiti kararı verilemeyeceği gerekçesi isabetli ise de, idari soruşturma kapsamında iletişimin tespitine yönelik bilgilerin 2802 sayılı yasanın 101. maddesine dayalı olarak istenebileceği gerekçesi isabetli değildir. Çünkü iletişimin tespiti tedbiri CMK’nun 135. maddesinde öngörülen bir koruma tedbidir ve bu tedbire karar verme yetkisi de yasa metninden de açıkça anlaşılacağı üzere kural olarak hakime aittir.

³⁸⁹ Yönetmelik metni için bkz. 24.01.2007 T. ve 26413 sayılı R.G.

vermek üzere işin gerçeğini araştırmak ve buna ilişkin delilleri toplamaktır. Kısaca adalet müfettişlerine verilen yetki Cumhuriyet savcısına verilen yetkidir³⁹⁰.

Yargıtay üyelerine ilişkin olarak 2797 sayılı Yargıtay Kanununun 46. maddesinde “Yargıtay Birinci Başkanı, birinci başkan vekilleri, daire başkanları, üyeleri, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı vekilinin görevleriyle ilgili veya kişisel suçlarından dolayı haklarında soruşturma yapılabilmesi Birinci Başkanlık Kurulunun kararına bağlıdır. Ancak, ağır cezayı gerektiren suçüstü hallerinin hazırlık ve ilk soruşturması genel hükümlere tabidir” hükmüne yer verilmiştir. Bu itibarla Yargıtay Birinci Başkanı, Birinci Başkan vekilleri, Daire Başkanları, Üyeleri, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı vekilinin hakkında ağır cezayı gerektiren suçüstü hali dışında gerek kişisel gerekse görevleri ile ilgili işledikleri suçlar yönünden soruşturma yapılabilmesi, Yargıtay Birinci Başkanlar Kurulunun soruşturma izni vermesine tabi tutulmuştur. Bu nedenle Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu kararı olmaksızın bu yargı mensupları hakkında soruşturma açılmayacağından koruma tedbirlerine ve bu kapsamda iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması mümkün olmayacaktır³⁹¹. Ancak ağır cezayı gerektiren suçüstü halinde soruşturma genel hükümlere göre yürütüleceğinden şartları oluştuğu takdirde CMK’nun 135. maddesi kapsamında telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilecektir.

³⁹⁰ Aynı yönde; Kaymaz, İletişimin Denetlenmesi, s.200.

³⁹¹ 29.06.2004 tarihli Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu kararına konu olayda 4422 sayılı yasa kapsamında çıkar amaçlı suç örgütü oluşturmak ve örgüt adına faaliyette bulunmak suçlarına ilişkin olarak yürütülen soruşturmada, usulüne uygun şekilde alınan karara dayalı olarak başvuru telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbiri sırasında şüphelilerin bazı Yargıtay üyeleri ile görüşerek, ilgilendikleri davalarla ilgili olarak mahkeme hakimleri üzerinde etkili olmaya çalıştıkları bilgisi Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi Başsavcılığı tarafından Yargıtay Başkanlığına bildirilmiştir. Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu; telefon görüşmelerinde adları geçen Yargıtay üyelerinin telefonlarının dinlenmesi konusunda Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunca verilmiş bir izin ve ilgili merci tarafından verilmiş bir karar olmadığı gerekçesiyle telefon görüşmelerinin ve konuşmalarda geçen sözlerin ilgili Yargıtay üyeleri bakımından delil niteliği taşımadığından soruşturma açılmasına izin vermemiştir. Kararın sonuç kısmında ise; özel yaşamın ve aile yaşamının gizli alanı çığnarak haberleşme özgürlüğü ve bunun gizliliği ilkesi gözardı edilip, yasak yöntemlerle elde edilen bulgular yasal kanıt sayılmaz ve ceza yargısında delil olarak kullanılamaz ifadesine yer verilmiştir (Kararın özeti için bkz. 29.06.2004 Tarihli Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu Kararı, Güncel Hukuk Dergisi S.10, İstanbul 2004, s.23, 24). Doktrinde bir görüşe göre; somut olayda hukuka aykırı deliller değerlendirme dışı bırakıldığından karar isabetlidir. Yurtcan, Erdener, Haberleşme Araçlarının Dinlemeye Alınması, Güncel Hukuk Dergisi, S.10, İstanbul 2004, s.28, 29. Kanımızca soruşturma kapsamında usulüne uygun olarak alınan iletişimin denetlenmesi kararının uygulanması sonucu üçüncü kişiler hakkında tesadüfen elde edilen delillerin hukuka aykırı delil olarak kabulü mümkün değildir. Şayet tesadüfen elde edilen delile dayalı olarak üçüncü kişinin tedbire konu olabilecek bir suç işlediği şüphesi ortaya çıkmışsa bu delilin hukuka uygun delil olduğunun kabulü gerekir. İletişimin denetlenmesi tedbirine konu olmayacak suçlar yönünden ise, elde edilen verinin ihbar olarak ele alınması gerekir. Bu durumda da soruşturma izninin verilmesi aşamasında elde edilen verinin yeterliliği değerlendirilmeli, soruşturma izni verildiğinde de görevlendirilen soruşturmacının şartları oluştuğunda yeni bir telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi kararı vererek, gerektiğinde de diğer koruma tedbirlerine başvurmak suretiyle soruşturmayı yürütmesi gerekir.

2797 sayılı yasanın 46/4 hükmü uyanınca Birinci Başkanlık Kurulu kendisine intikal eden veya ettirilen ihbar ve şikayetleri inceleyerek soruşturma açılmasını gerektirir nitelikte gördüğü takdirde, ilk soruşturmayı yapması için ceza dairesi başkanlarından birini görevlendirir. Soruşturma izni verilmesini gerektirir şartların oluşmadığı kanaatine ulaşıldığında ise, dosyanın işlemiden kaldırılmasına karar verilir ve bu karar kesindir. Birinci Başkanlık Kurulunun soruşturma açılmasına karar verdiğinde tayin edeceği Yargıtay Ceza Dairesi Başkanı sorgu hakiminin yetkilerini kullanır ve bu kapsamda CMK'nun 135. maddesinde öngörülen şartlar oluştuğunda telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmasına karar verebilir. Diğer yandan 2797 sayılı yasanın 46/4 hükmünde soruşturmayı yürüten Ceza Dairesi Başkanının tutuklamaya, tutuklama kararının kaldırılmasına ve kefaletle salıvermeye ilişkin kararları Birinci Başkanlık Kurulunun onamasına tabi tutulduğundan, soruşturmaya ilişkin diğer kararlarının ve bu kapsamda telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi kararının Birinci Başkanlık Kurulunun onamasına tabi olmadığının kabulü gerekir³⁹².

ccc. Avukatlar

Avukatların işlemiş oldukları kişisel suçlarından dolayı haklarında soruşturma yapılması 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 61. maddesi uyarınca genel hükümlere tabidir ve kişisel suçlarına ilişkin olarak yürütülen soruşturma kapsamında telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması farklı bir özellik arz etmez. Ancak avukatların avukatlık görevleri veya Türkiye Barolar Birliği yada baroların organlarındaki görevlerinden dolayı işledikleri suçlardan dolayı soruşturma yapılması Adalet Bakanlığının iznine bağlıdır³⁹³. Bu suçlara ilişkin olarak Adalet Bakanlığınca soruşturma izni verildiği takdirde ve şartları oluştuğunda telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirine ve diğer koruma tedbirlerine başvurulabilecektir³⁹⁴. Şüpheli veya

³⁹² Aynı yönde; Kaymaz, İletişimin Denetlenmesi, s.206.

³⁹³ 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 5728 sayılı yasanın 331. maddesi ile değişik 58. maddesinde; “Avukatların avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında soruşturma, Adalet Bakanlığının vereceği izin üzerine, suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcısı tarafından yapılır. Avukat yazıhaneleri ve konutları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısı denetiminde ve baro temsilcisinin katılımı ile aranabilir. Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzeri aranamaz” hükmüne yer verilmiştir.

³⁹⁴ Yargıtay bir kararında soruşturma izninin alınmadığı aşamada koruma tedbirlerine başvurulamayacağını belirtmiştir. Karara göre; “... Bir avukatın görevinden doğan ya da görevi sırasında ağır cezalı suçüstü hariç bir suçu işlediği ihbarını alan Cumhuriyet Savcısının soruşturma izni alınıncaya kadar yapabileceği işler kanıtların tespitiyle sınırlıdır. Bu evrede şüpheli avukatın lehine ve aleyhine elde edilen kanıtların neler olduğunun

sanık ile müdafî arasındaki iletişimin denetlenmesine ilişkin olarak gereksiz tekrardan kaçınmak için çalışmamızın bu bölümünde önceki açıklamalarımıza atıf yapmakla yetineceğiz³⁹⁵.

ddd. Yükseköğretim ve Üst Kuruluşlarında Çalışan Kamu Görevlileri

2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun “disiplin ve ceza işleri” başlıklı dokuzuncu bölümünde yer alan 53. maddesi, yükseköğretim ve üst kuruluşlarında çalışan kamu görevlilerinin disiplin ve ceza soruşturmalarına ilişkin usul kurallarını içermektedir. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 14.04.1982 tarih ve 2653 sayılı kanunun 3. maddesi ile değişik 53/1.c hükmüne göre;

- a. Yükseköğretim üst kuruluşları başkan ve üyelerinin,
- b. Yükseköğretim kurumları yöneticilerinin,
- c. Kadrolu ve sözleşmeli öğretim elemanlarının,
- d. Bu kuruluş ve kurumların 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi memurlarının³⁹⁶,

görevleri dolayısıyla yada görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçları hakkında 53. madde hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür³⁹⁷. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53. maddesinin 1/c bendi ceza soruşturmasının idari aşamasını düzenlemektedir. Bu maddenin kapsamına aldığı personel, Anayasanın 128. maddesi kapsamında memur ve diğer kamu görevlileri arasında yer almaktadır. Zira; 53. maddenin (b) fıkrası, “öğretim

saptanarak kaybolmasının önlenmesi ve varsa suç eşyasının korunması gerekir. Belirtilen dönemlerde işlenen suçla ilgili dosyalar, belgeler incelenip örnekleri dosya içine alınabilir. Konuya ilişkin bilgisi olduğu anlaşılan kişiler ifade sahibi olarak dinlenebilir ve anlatımları tutanağa geçirilebilir. Soruşturma izni verilmeden şüpheli avukatın yüklenen suçtan dolayı savurması alınamaz. Hakim tarafından sorguya çekilemez, üzeri, konutu ve işyeri aranamaz. Ağır cezalık suçüstü hariç, yakalanamaz, gözaltına alınamaz ve tutuklanamaz” Yrg. 4. CD. 31.05.2006 T., 2006/3595E. ve 2006/11718 K. sayılı kararı (Yayınlanmamış Yargıtay Kararı).

³⁹⁵ Bkz. II. Bölüm, 2/d-bbb- ccc.

³⁹⁶ Üniversite bünyesinde görevli olan, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi personelin görevleri ile ilgili işlemiş oldukları suçlar bakımından özel soruşturma usulüne tabi tutulmaları ülkemizde memur yargılama birliğinin sağlanmadığını göstermektedir.

³⁹⁷ Yargıtay; “Tıp Fakültesinde doktor asistan bulunan sanığın görevi esnasında işlemiş olduğu suçtan dolayı 2547 sayılı Kanunun 53. maddesini değiştiren 2653 sayılı Kanun hükümleri dairesinde soruşturma yapıp hakkında yargılamanın gerektiğine dair karar alınmadan iddianame ile açılan dava üzerine duruşma yapılarak yazılı şekilde hüküm kurulması”, gerekçesiyle yerel mahkeme kararının bozulmasına karar vermiştir. Yrg. 4. C.D’nin 28.02.1985T., 1985/1412E. ve 1985/1368K. sayılı kararı. (YKD. Y.1986, S.3, s.433); Yargıtay başka bir kararında ise; “İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi Döner Sermaye Saymanlığında veznedar olduğu anlaşılan sanığın 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanununun 53. maddesinin 6 numaralı bendindeki amir hüküm uyarınca islediği iddia edilen zimmet suçundan ötürü aleyhinde kamu davası açılabilmesi için üniversite Rektöründen izin alınması gerektiğinin gözetilmemesi” gerekçesi ile yerel mahkeme kararının bozulmasına karar vermiştir. Yrg. 5. C.D.’nin 16.03.1988 T., 1998/55E. ve 1998/999K. sayılı kararı (Yayınlanmamış Yargıtay Kararı).

elemanları, memur ve diğer personel”den bahsetmekte, Türk Ceza Kanununa göre de kamu görevinde bulunan herkes memur olarak kabul edilmektedir³⁹⁸. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53. maddesi ile 4483 sayılı kanunun bazı kamu görevlileri için özel soruşturma usulleri içeren hükümlerine mevzuatımızda yer verilme gerekçesi büyük ölçüde benzerlik göstermektedir³⁹⁹.

2547 sayılı kanunun “ilk soruşturma” başlıklı 53/1 hükmüne göre, bu kanuna tabi kamu görevlileri hakkında yapılacak soruşturmaya ilişkin olarak; “Yükseköğretim Kurulu Başkanı için, kendisinin katılmadığı, Milli Eğitim Bakanının başkanlığındaki bir toplantıda, Yükseköğretim Kurulu üyelerinden teşkil edilecek en az üç kişilik bir kurulca, diğerleri için, Yükseköğretim Kurulu Başkanınca veya diğer disiplin amirlerince doğrudan veya görevlendirecekleri uygun sayıda soruşturmacı tarafından yapılır.

Öğretim elemanlarından soruşturmacı tayin edilmesi halinde; bunların, hakkında soruşturma yapılacak öğretim elemanının akademik unvanına veya daha üst akademik unvana sahip olmaları şarttır.” düzenlemesine yer verilmiştir.

³⁹⁸ Giritli, İsmet/Bilgen, Pertev/Akgüner, Tayfun, İdare Hukuku, İstanbul 2001, s. 573. 5237 sayılı TCK’nda, 765 sayılı TCK’ndan farklı olarak “memur” yerine “kamu görevlisi” kavramı kullanılmıştır. 5237 sayılı TCK’nun tanımlar başlıklı 6. maddesinin (c) bendinde de kamu görevlisinin tanımı yapılmıştır. Buna göre; “kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi anlaşılır”.

³⁹⁹ Kamu görevlileri ile Yükseköğretim ve üst kuruluşlarında görevli kamu görevlileri için özel soruşturma usulleri öngörülmesinin birinci gerekçesi; kamu hizmetinin sürekliliğidir. Devlet bu gerekçeyle devlet adına egemenlik gücünü kullanan memurlarını ve diğer kamu görevlilerini, genel suç soruşturması usullerinden korumaktadır. Devletin memur yada diğer kamu görevlilerinin korunması, onların kamu hizmeti görmelerinden kaynaklanmaktadır. Burada korunan aslında, devletin egemenliği ve yürütülen kamu hizmetidir. Yükseköğretim ve üst kuruluşlarında görevli kamu görevlileri için öngörülen özel soruşturma usullerinin ikinci gerekçesinin; yükseköğretim ve üst kuruluşlarının, yargının denetiminden kurtulmak istemesi olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Giritli/Bilgen/Akgüner, s.573; Kamu görevlileri için öngörülen özel soruşturma usullerinin üçüncü gerekçesinin ise; öğretim elemanları, memurlar ve diğer personelin işledikleri ileri sürülen suçların soruşturulmasının teknik bir iş olması ve uzmanlık gerektirmesi olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Ünlü, Ahmet Hamdi, Üniversite Personelinin Göreve İlişkin Suçlarının Kovuşturulması, Danıştay Dergisi, S.52-53, s.23. Bu sistem; soruşturmayı yürüten kamu görevlilerinin ve karar veren idari organların bağımsız olmamaları, ceza uyuşmazlıklarının idari sistem içinde karara bağlanmasının Anayasanın kuvvetler ayrılığı ve yargı organları arasındaki farklılığı gözardı etmesi, soruşturmanın hakim güvencesi olmayan kişilerce yapılmasıyla eşitlik ilkesine aykırılık olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bkz. Çağatay, Özcan, Memurların Yargılanmasına İlişkin Sistemde Yapılması Gereken Değişiklikler, Türk İdare Dergisi, S.425, Ankara 1999, s.47 vd.; Gözübüyük/Tan, İdare Hukuku, C.I, s.1009.

Yapılan ilk soruşturma sonucunda ilgili kamu görevlisi hakkında son soruşturmanın açılıp açılmamasına ise 2547 sayılı kanunun 53/2 hükmü uyarınca;

a. Yükseköğretim Kurulu Başkan ve üyeleri ile Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri hakkında Danıştay'ın 2. Dairesi,

b. Üniversite rektörleri, rektör yardımcıları ile üst kuruluş genel sekreterleri hakkında, Yükseköğretim Kurulu üyelerinden teşkil edilecek üç kişilik kurul,

c. Üniversite, fakülte, enstitü ve yüksekokul yönetim kurulu üyeleri, fakülte dekanları ve dekan yardımcıları, enstitü ve yüksekokul müdürleri ve yardımcıları ile üniversite genel sekreterleri hakkında, rektörün başkanlığında rektörce görevlendirilen rektör yardımcılarının oluşacak üç kişilik kurul,

d. Öğretim elemanları, fakülte, enstitü ve yüksekokul sekreterleri hakkında üniversite yönetim kurulu üyeleri arasından oluşturulacak üç kişilik kurul,

e. 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi memurlar hakkında, mahal itibariyle yetkili il idare kurulu, karar verir. Son soruşturmanın açılmasına dair verilen karar ise iddianame yerine geçer.

Adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirini 2547 sayılı kanunun 53. maddesi kapsamında özel soruşturma usulüne tabi kamu görevlileri bakımından değerlendirecek olursak; 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53. maddesinin 8. fıkrasında; “ Bu kanunda yer almamış hususlarda 4 Şubat 1329 tarihli Memurin Muhakematı Hakkında Kanun Hükümleri Uygulanır” hükmüne yer verildiği görülmektedir. 4 Şubat 1329 tarihli Memurin Muhakematı Hakkında Kanun ise; 4483 sayılı kanunun 18. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Diğer yandan 4483 sayılı kanunun 16. maddesinde; “Kanunlarda Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkatın uygulanacağı belirtilen hallerde bu kanun hükümleri uygulanır” düzenlemesine yer verilmiştir. Bu itibarla kamu görevlileri hakkında 4483 sayılı kanun kapsamında yürütülen soruşturmalarda iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmasında izlenecek yöntem 2547 sayılı kanun kapsamında yürütülen soruşturmalarda da geçerlidir. Bu noktada farklılık arz eden husus; 2547 sayılı kanunun 53. maddesi gereğince izlenecek soruşturma yönteminin yükseköğretim görevlilerinin sadece görevleriyle ilgili değil, görevleri sırasında işledikleri suçlar bakımından da uygulanacak olmasıdır. Bu durumda soruşturma dosyasının Cumhuriyet Savcılığına gönderilmeden önce son soruşturma kararı vermeye yetkili mercilerce sonuçlandırılması gerekir. Soruşturma mercilerinin ise; CMK'nun 135. maddesinde öngörülen şartlar oluştuğunda, 3628 sayılı kanunun 17. ve 2597 sayılı

kanunun 53/7. maddesinde yer alan suçlar dışında kalan katalog suçlarla ilgili olarak iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurmaları mümkündür. Ancak adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulaması bakımından CMK'nun 135/1 maddesinde kolluk üzerinde denetim yapılabilmesi amacıyla, TİB ile yapılacak işlemlerde yetkili olarak Cumhuriyet savcısı belirlendiğinden ilk soruşturma merciinin Cumhuriyet Savcılığından bu konuda istemde bulunarak işlemlerini sürdürmeleri gereklidir⁴⁰⁰.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53. maddesinin 6. fıkrasında; Yükseköğretim Kurulu Başkanı ve rektörlerin 1609 sayılı Bazı Cürümlerden Dolayı Memurlar ve Şerikleri Hakkında Takip ve Muhakeme Usulüne Dair Kanun kapsamına giren suçlarından dolayı yapılacak ceza soruşturmasında 53. maddede öngörülen ceza soruşturması usulünün izleneceği, bunlar dışında kalan tüm görevliler için ise 1609 sayılı Bazı Cürümlerden Dolayı Memurlar ve Şerikleri Hakkında Takip ve Muhakeme Usulüne Dair Kanun hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür. 1609 sayılı kanun ise 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanununun 23. maddesi ile yürürlükten kaldırıldığından yürürlükteki mevzuata göre 3628 sayılı kanunun 17. maddesinde yer alan suçlara ilişkin olarak yapılacak soruşturmalar Yükseköğretim Kurulu Başkanı ve rektörler dışında kalan görevliler bakımından, Cumhuriyet savcılığınca genel soruşturma yöntemleri izlenerek yapılacaktır. Dolayısıyla 3628 sayılı yasanın 17. maddesinde ve 2547 sayılı yasanın 53. maddesinin 7. fıkrasında belirtilen suçlarla ilgili soruşturma işlemlerine ve bu kapsamda CMK'nun 135. maddesinde öngörülen şartlar oluştuğu takdirde adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine Cumhuriyet savcısınca doğrudan başvurulabilecektir⁴⁰¹.

eee. Diğer Kamu Görevlileri

Kamu görevlileri bakımından telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmasını engelleyen bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak bilindiği gibi kamu görevlilerinin görevleri ile ilgili işlemiş oldukları suçlar bakımından soruşturma başlatılabilmesi için

⁴⁰⁰ Meran, Necati, Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı, Teknik Takip, Ankara 2009, s.93.

⁴⁰¹ 2547 sayılı yasanın 53. maddesinin 7. fıkrasında; “ideolojik amaçlarla Anayasada yer alan temel hak ve hürriyetleri, devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünü veya dil, din, ırk, sınıf ve mezhep ayrılığına dayanılarak nitelikleri Anayasada belirtilen Cumhuriyeti ortadan kaldırmak maksadıyla işlenen suçlarla bunlarla irtibatlı suçlar, öğrenme ve öğretme hürriyetini doğrudan veya dolaylı kısıtlayan, kurumların sükun, huzur ve çalışma düzenini bozan boykot, işgal, engelleme, bunları teşvik ve tahrik, anarşik ve ideolojik olaylara ilişkin suçlar ile ağır cezayı gerektiren suçüstü hallerinde, yukarıda yazılı usuller uygulanmaz; bu hallerde kovuşturmayı Cumhuriyet Savcısı doğrudan yapar.” hükmüne yer verilmiştir.

kural olarak 4483 sayılı kanun ve diğer özel kanunlar gereğince önceden izin alınması gerekmektedir. Bu kişilerle ilgili olarak izin alındıktan ve soruşturma başlatıldıktan sona iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilir. Ancak izin verilme sürecinde şüpheli soruşturmada ve isnat edilen suçtan haberdar olacağı için, izin sisteminin uygulanacağı soruşturmalarda gizlilik gerektiren bu tedbir delil elde etmeye elverişli olmayacak ve işlerliğini yitirecektir. Zira; Cumhuriyet savcısının, soruşturmaya başlayabilmek için şüphelinin amirinden izin isteyeceği, bir muhakkikin inceleme yapmak üzere görevlendirileceği, tüm isnat ve iddiaların muhakkik tarafından araştırılacağı bu aşamada şüphelinin savunmasının da alınacağı düşünüldüğünde, iletişimin denetlenmesi tedbirinin gizlice uygulanması mümkün olmayacak ve delil elde etmeye elverişliliği kalmayacaktır⁴⁰².

4483 sayılı yasanın 6. maddesinde yer alan ön inceleme yapanların yetkisi ve rapor başlıklı düzenlemede; “Ön inceleme ile görevlendirilen kişi veya kişiler, bakanlık müfettişleri ile kendilerini görevlendiren merciin bütün yetkilerini haiz olup, bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa göre işlem yapabilirler; hakkında inceleme yapılan memur veya diğer kamu görevlisinin ifadesini de almak suretiyle yetkileri dahilinde bulunan gerekli bilgi ve belgeleri toplayıp, görüşlerini içeren bir rapor düzenleyerek durumu izin vermeye yetkili mercie sunarlar. Ön inceleme birden çok kişi tarafından yapılmışsa, farklı görüşler raporda gerekçeleriyle ayrı ayrı belirtilir” hükmüne yer verilmiştir. Ön inceleme yapan görevlinin yaptığı işlemler Cumhuriyet savcısının soruşturma kapsamında haiz olduğu yetkilerle benzerlikler taşıdığından, doktrinde muhakkikin Cumhuriyet savcısının yetkilerine sahip olduğu ve bu arada koruma tedbirlerinin uygulanması isteminde bulunabileceği kabul edilmektedir⁴⁰³.

CMK’nun 135/6 hükmünde katalog suçlar arasında yer alan rüşvet suçu (TCK m.252) ve 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 160. maddesinin 3. fıkrasında tanımlanan zimmet suçu bakımından yukarıda belirttiğimiz sakıncanın bulunduğu söylenemez. Zira; Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele Kanununun⁴⁰⁴ 17. maddesinde; 4389 sayılı Bankalar Kanununda yazılı suçlarla, rüşvet suçu bakımından 4483 sayılı yasa hükümlerinin

⁴⁰² Taşkın, İletişimin Denetlenmesi, s.87, 88.

⁴⁰³ Zafer, Hamide, 4483 sayı ve 02.12.1999 tarihli Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun’un Değerlendirilmesi, İBD., S.4, İstanbul 2000, s. 1005 vd.; Gökcan/Artuç’ a göre ise; ön inceleme aşamasında şüpheli sıfatını taşıyan bir kamu görevlisi bulunmamaktadır. Tahkik sisteminde soruşturmayı yapan idari makamların suç soruşturması yapma yetkileri bulunmakla birlikte, izin sisteminin benimsendiği 4483 sayılı yasa kapsamında ön inceleme görevlilerinin bu yetkileri bulunmamaktadır. Gökcan/Artuç, Özel Soruşturma Usulleri, s.377.

⁴⁰⁴ 3628 sayılı ve 19.04.1990 tarihli kanun (20.05.1999 T. ve 20508 sayılı R.G.)

uygulanmayacağı düzenlenmiştir. 4389 sayılı yasanın 19.10.2005 tarih ve 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 168. maddesiyle, 5411 sayılı kanunun geçici maddelerindeki düzenlemeler hariç olmak üzere ek ve değişiklikleri ile yürürlükten kaldırılması karşısında, 4398 sayılı Bankalar Kanununun 22. maddesinin 3 ve 4. fıkralarında düzenlenen zimmet suçuna 5411 sayılı Bankacılık Kanunun 160. maddesinin 3. fıkrasında yer verilmiştir. Ancak bu istisnanın müsteşar, vali ve kaymakamlar hakkında uygulanması mümkün değildir⁴⁰⁵. Yapılan ön inceleme sonunda bu kişiler hakkında soruşturma izni verildiği takdirde ve şartları oluştuğunda koruma tedbirlerine ve bu kapsamda telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilecektir. Bu noktada soruşturma aşamasında koruma tedbirlerine, dolayısıyla telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirine karar verme yetkisi 4483 sayılı yasanın 12/2 hükmü uyarınca müsteşar ve valiler için Yargıtay ilgili ceza dairesine, kaymakamlar için il asliye ceza mahkemesine aittir⁴⁰⁶. Koğuşturma aşamasında ise koruma tedbirlerine ve bu bağlamda telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirine karar verme yetkisi yargılamayı yapan mahkemeye aittir.

dd. Tedbire Rıza Gösterilmiş Olması

5271 sayılı CMK’nda taraflarından birinin talebi ve rızasına dayalı olarak, hakim veya Cumhuriyet savcısının yazılı emri dışında kolluk tarafından iletişimin denetlenmesine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Diğer yandan iletişimin taraflarından birinin rızasına dayalı olarak telekomünikasyon yoluyla iletişimin dinlenmesi ve kaydedilmesi sonucu elde edilen verilerin hukuksal değerine ve akıbetine ilişkin bir düzenleme de mevzuatımızda bulunmamaktadır. İlgilinin

⁴⁰⁵ 3628 sayılı yasanın 17/2 hükmünde; Bankalar Kanununda yazılı suçlarla, rüşvet, irtikap, basit ve nitelikli zimmet, görev sırasında ve görevinden dolayı kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarının açıklanması veya açıklanmasına sebebiyet verme suçlarından veya bu suçlara iştirak etmekten şüpheli olanlar hakkında 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmekte, aynı yasanın 2. fıkrasında ise; “yukarıdaki fıkra hükmü müsteşarlar, valiler ve kaymakamlar hakkında uygulanmaz” düzenlemesine yer verilmektedir. Bu itibarla sayılan suçlar bakımından müsteşar, vali ve kaymakamlar hakkında 3628 sayılı yasanın 17. maddesi gereğince doğrudan soruşturma açılması mümkün olmayıp, 4483 sayılı yasa hükümlerine göre soruşturmanın yürütülmesi gerekir.

⁴⁰⁶ Soruşturma aşamasında Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreteri, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreteri, müsteşar ve valiler bakımından koruma tedbirlerine ve bu kapsamda telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirine karar verme yetkisi Yargıtay ilgili ceza dairesine, kaymakamlar bakımından il Asliye Ceza Mahkemesine diğer kamu görevlileri bakımından ise genel hükümlere göre görevli ve yetkili sulh ceza hakimine aittir. (4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun m.12/2) Diğer yandan; Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreteri, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreteri, müsteşar ve valiler hakkında yapılacak soruşturma Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı veya Başsavcı vekili, kaymakamlar hakkında yapılacak soruşturma il Cumhuriyet Başsavcısı veya Başsavcı vekili diğer kamu görevlileri hakkında ise görevli ve yetkili Cumhuriyet savcısı tarafından yürütüleceğinden, koruma tedbirlerine ve bu kapsamda adli amaçlı telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması talebi bu makamlar tarafından yapılacak, gecikmesinde tehlike bulunan hallerde de bu makamların kararıyla süresi dahilinde onaya sunulması kaydıyla telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilecektir.

rızasına dayalı olarak iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmasına ilişkin olarak bazı ülkelerde yasal düzenlemeler mevcuttur⁴⁰⁷. Alman hukukunda haberleşmeye katılan taraflardan birinin rızasının bulunması halinde, Alman Ceza Usul Kanunu hükümlerinin yerine getirilmesine gerek kalmadan tedbirin uygulanabilip uygulanamayacağı tartışmalıdır. Alman Federal Mahkemesi bir kararında; iki kişi arasındaki telefon görüşmesinin tarafların birisinin rızası ile dinlenmesi ve kaydedilmesinde diğer tarafın rızası olmasa dahi hukuka aykırılık bulunmadığına karar vermiştir⁴⁰⁸. Ancak bu yaklaşım kovuşturma organlarına kanuni koşullara uymaksızın denetleme yapma imkanı tanıdığı ve bu tarz uygulamaların temel hak ve özgürlüklere ağır bir müdahale oluşturduğu gerekçesiyle eleştirilere uğramıştır⁴⁰⁹.

Mağdurun rızasına dayalı olarak gerçekleştirilen iletişimin denetlenmesi tedbirinin meşruluğu telefonla yapılan şantaj, tehdit suçlarında ve gizli bilgi veren güvenilir kişilerin konuşmalarının dinlenmesinde hukuka uygunluğu sağlamak bakımından önem taşımaktadır⁴¹⁰. İletişimin taraflarından birisinin rızasına dayalı olarak denetlenmesinde; tek yanlı rızasının konuşmaya katılan kişilerin aralarında geçen konuşmanın içeriğinin korunmasına yönelik talep hakkını ortadan kaldırdığı, zira taraflardan her birinin diğerinin onayı olmaksızın konuşmanın içeriğini konuşma dışında kalan üçüncü kişilere aktarabileceği ileri sürülebilir⁴¹¹. Kanımızca

⁴⁰⁷ İngiltere’de konuyla ilgili kanun, diğer tarafın denetlemeye rıza göstermiş olduğunu kabul etmek için makul nedenler bulunduğu taktirde denetlemenin hukuka aykırı olmadığını öngörmektedir. Avusturya’da da haberleşme şebekesi sahibinin açık muvafakati tedbiri hukuka uygun hale getirmektedir. Bkz. Erdem/Özbek, Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi, s.274; Avustralya hukukunda kişilerin hayatı, sağlıkları veya mallarına yönelik somut tehditlerin bulunması halinde mağdurun rızasına dayalı olarak iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmasına imkan verilmiştir. İletişime geçilen kişinin rızasının bulunması, iletişim kuran kimsenin diğer bireyin hayatına, vücut bütünlüğüne veya malvarlığına zarar verdiğine veya vereceğine dair makul şüphe sebeplerinin bulunması ve ayrıca durumun aciliyeti nedeniyle hakim kararı alınmasının mümkün olmadığı gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, hakim kararı olmaksızın kolluk tarafından iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmasına imkan tanınmıştır. Wong, Regulation Of Interception, s.42. Amerika’da ise; iletişimin taraflarından birisinin, karşı tarafın rızasını almaksızın iletişimi kaydetmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir. Buna göre; herhangi bir kimsenin hukuka aykırı amaç taşımamak ve iletişimin taraflarından birisinin önceden rızasını almak kaydıyla kişiler arasındaki iletişimi dinlemesi ve kaydetmesi mümkündür. (18. United States Code & 2511) Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi; telefonla konuşan her kişinin diğer tarafın telefonunun paralel bağlı olabileceğini ve o tarafın konuşmayı bir başkasına dinletebileceğini öngörebileceği ve göz önünde bulundurmak zorunda olduğu gerekçesi ile telefon konuşmasının taraflardan birinin rızası dışında ancak diğerinin rızasına dayalı olarak dinlenmesini hukuka aykırı bulmamıştır. Bkz.Özbudun, Özel Haberleşmenin Gizliliği, s.277; Kaymaz, İletişimin Denetlenmesi s..285.

⁴⁰⁸ Ünver, İspat, s.128.

⁴⁰⁹ Federal Mahkemenin 8 Ekim 1993 tarihli kararında, polis memurunun hazırlık soruşturması yürütürken yapılan bir telefon konuşmasını konuşmaya katılan taraflardan birinin rızası üzerine paralelden dinlemesinin hukuka uygun olduğu sonucuna varmıştır. Sözüer, Özel Haberleşme, s.109

⁴¹⁰ Erdem, Gizli Soruşturma, s.249; Yenisey/Altunç, s.1305; CMK tasarısının 107. maddesinin gerekçesinde; “telefonla sürekli rahatsız edildikleri için, polise başvurarak telefonlarının dinlenmesini istemiş kişiler bakımından, elbette ki bu usul uygulanacaktır” düzenlemesine yer verilerek, mağdurun rızasına dayalı olarak, CMK’nun 135. maddesinde öngörülen şartlara bağlı olmaksızın, telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmasına olanak tanınmıştır. Bkz. Noyan, Ceza Muhakemesi, s.286.

⁴¹¹ Ünver/Hakeri’ye göre; CMK’nun 135. maddesinde yer alan sınırlayıcı hükümler şüpheli veya sanıkların iletişimlerinin denetlenmesi bakımından geçerlidir. Mağdurun rızasının bulunması halinde ise bu madde

iletişimin taraflarından birinin tek yanlı olarak gösterdiği muvafakat, iletişimin denetlenmesi konusunda güvence getiren kanun hükümlerinin bertaraf edilmesi için bir gerekçe oluşturmaz. Zira; iletişim tek taraflı değildir ve iletişime katılan tarafların her ikisinin de iletişimin gizliliğine yönelik haklı beklentileri bulunmaktadır. Ayrıca tarafların birbirlerinin temel hak ve özgürlükleri üzerinde tasarruf imkanları bulunmadığından iletişimin taraflarından birinin rızasına dayalı olarak iletişimin denetlenmesinin mümkün olmadığının kabulü gerekir⁴¹². Bu nedenle iletişimin denetlenmesi için kanunun aradığı bütün koşulların gerçekteşmesi aranmalıdır. Mağdurun rızasıyla fakat hakim kararı olmaksızın iletişimin dinlenip, kayda alınması CMK'nun 135. maddesinin bertaraf edilmesi için haklı bir gerekçe oluşturmaz. Hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisini kullanamayacağını düzenleyen Anayasanın 6. maddesi, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığını düzenleyen Anayasanın 11. maddesi, haberleşme hürriyetinin sınırlandırılmasının koşullarını açıkça düzenleyen Anayasanın 22. maddesi ve sınırlamanın ancak kanunla yapılacağını öngören Anayasanın 13. maddesi ve bu doğrultuda düzenlenen CMK'nun 135. maddesi karşısında; CMK'nun 135 ve devamı hükümlerinde öngörülen koşullar dışında iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması bakımından mağdurun rızası, tedbiri hukuka uygun hale getiren bir dayanak oluşturmaz. Ancak bu konuda aşağıda ele alacağımız 14.01.2007 tarih ve 26434 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelikte öngörülen ve sadece iletişimin denetlenmesi tedbirinin kapsamında yer alan iletişimin tespiti tedbiri ile sınırlı olarak getirilen düzenlemenin belirttiğimiz sakıncayı taşıdığı söylenemez.

CMK'nun 135. maddesinde şüpheli veya sanığın iletişiminin denetlenebileceği düzenlenmiştir. Bu düzeleme karşısında mağdurun veya müştekinin iletişiminin adli amaçlı denetlenmesi tedbirine lafzi yoruma gidildiğinde bařvurulamaz⁴¹³. Ancak 14.01.2007 tarih ve 26434 sayılı yönetmeliğin 10. maddesinde; adil bir yargılama yapılması için zorunlu olması,

hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Bu nedenle, telefonla rahatsız edilen bir kişinin başvurusu üzerine CMK'nun 135. maddesi koşullarına bağlı olmaksızın telefonu dinlenebilir. Bkz. Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi, s.185; aynı yönde; Erdem/Özbek, Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi, s.275; Sağlam, Gizli Ses Kaydı, s.109; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu'na göre de; telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirine karar verme yetkisi kural olarak hakime aittir. Ancak rıza hukuka uygunluk nedeni olduğundan hak sahibinin rızası üzerine hakim kararına gerek olmaksızın iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması mümkündür.

⁴¹² Aynı yönde; Özbek, Ceza Muhakemesi, s.429; Erdem/Özbek, Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi, s.275; Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2007, s.368.

⁴¹³ CMK'nun 160 ve 161. maddelerinde Cumhuriyet Savcısına verilen yetkiler kapsamında mağdur ve müştekinin rızasına dayalı olarak sadece iletişimin tespitinin ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinin mümkün olduğunu, dinleme ve kayda almanın ise mümkün olmadığını ileri süren görüş için bkz. şen, İletişimin Denetlenmesi., s.110.

müştekinin açık rızasının bulunması ve iletişim aracının kendisine ait olması koşuluyla müştekinin iletişiminin tespiti için Telekomünikasyon İletişim Başkanlığından istenebileceği düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere düzenlemede müştekinin rızasına dayalı olarak iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması bir yandan sıkı şartlara bağlanmış, diğer yandan da iletişimin tespiti tedbiriyle sınırlı tutulmuştur. Her ne kadar ilgili yönetmelik hükmüyle idarenin yetki sınırı aşılırsa, kanunla düzenlenmesi gereken alana ilişkin olarak düzenleme getirilmiş ise de; belirttiğimiz düzenlemede öngörülen sınırlayıcı şartların keyfiliği önleyici nitelikte olması ve özellikle iletişimin tespiti tedbiri ile sınırlı tutulması nedeniyle düzenlemenin içerik itibarıyla olumlu olduğunun ve bu tarz bir yasal düzenlemeye gidilmesi gerektiğinin kabulü gerekir⁴¹⁴. Diğer yandan CMK'nun 160. maddesinde öngörülen Cumhuriyet savcısının bilgi toplama faaliyeti kapsamında da iletişimin tespitine ilişkin verileri toplayabileceği düşünülebilir. Doktrinde dış bağlantı verileri adı verilen ve konuşmanın içeriğine müdahale edilmeksizin, kimler arasında, hangi saatte yapıldığına ilişkin bilgilerin elde edilmesi amacıyla haberleşme hizmeti sunan kurum tarafından tutulan kayıtlardan Cumhuriyet savcılığınca yararlanılmasına CMK'nun 135. maddesinin engel oluşturmadığı ifade edilmektedir. Bu görüşe göre; CMK'nun 135/6 hükmüne 5353 sayılı yasayla eklenen hüküm kapsamında; dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin yetkinin ancak tek tek sayılmak suretiyle gösterilen suçlar bakımından uygulanacağı öngörülmüştür. Buna karşılık iletişimin tespiti tedbiri bakımından bir sınırlandırmaya yer verilmemiştir⁴¹⁵. Kanımızca bu noktada kaldırılan sınırlama katalog suçlara yönelik olduğundan “iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması” başlıklı CMK'nun 135. maddesinde öngörülen diğer şartlar ve özellikle kural olarak hakim kararına dayalı olarak tedbire başvurulması şüpheli veya sanığın iletişiminin tespiti bakımından geçerliliğini korumaktadır. Mağdur ve müştekinin iletişiminin tespitine ise; CMK'nun 160 ve 161. maddelerinde yer alan genel soruşturma yetkisi çerçevesinde başvurulabilir. Yargıtay uygulaması da mağdurun rızası veya talebine dayalı olarak Cumhuriyet Savcısının istemi ile iletişimin tespiti tedbirine başvurulabileceği yönündedir⁴¹⁶.

⁴¹⁴ CMK'nun iletişimin denetlenmesine ilişkin düzenleme getiren 135 vd. hükümlerinin koşullarının, anlamının ve kapsamının yargılama işlevinin bir gereği olarak hakim ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısınca belirleneceği dikkate alındığında, yönetmeliğin içerik itibarıyla idarenin yetki sınırını aştığı anlaşılmaktadır. Bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu 15.05.2008 T. ve 2008/159 YD. İtiraz Sayılı Kararı. (Yayınlanmamış Danıştay Kararı)

⁴¹⁵ Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi, s.591.

⁴¹⁶ Yrg. 4. CD.'nin 28.03.2007 T., 2007/1398 E. ve 2007/2879 K.; 20.06.2007 T., 2007/4496E. ve 2007/5905 K. sayılı kararları. (Yayınlanmamış Yargıtay Kararları)

Mobil telefonun sinyal bilgilerinin izlenmesi bakımından savcılık makamının TCK'nun hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası başlıklı 26/2 hükmü ile CMK'nun 160 ve 161. maddesi kapsamında; özellikle mağdurun kaçırılması olaylarında, mağdurun yerinin tespiti amaçlı olarak mobil telefonun yerinin tespiti tedbire başvurulabilmesi gerekir. Bu imkan savcılık makamına şüphelinin aleyhine delil toplanması için değil, mağdurun hukuki yararının korunması için tanınmalıdır⁴¹⁷. Yargıtay da bazı kararlarında iletişimin tespitine yönelik bu tür işlemleri Cumhuriyet savcılığının CMK'nun 160 ve 161. maddelerinde öngörülen genel soruşturma yetkisi çerçevesinde ele almaktadır⁴¹⁸.

ee. Kararı Verecek Makam

İletişimin denetlenmesi tedbirine soruşturma aşamasında kural olarak Cumhuriyet savcısının istemi üzerine talepte bulunan savcının bulunduğu yer itibarıyla yetkili olan sulh ceza hakimi karar verebilir(CMK m.162)⁴¹⁹. Sulh ceza hakimi zorunlu savcılık yaptığı hallerde ise savcının talebi olmaksızın re'sen de iletişimin denetlenmesi tedbirine karar verebilir⁴²⁰. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla

⁴¹⁷ Şen, Telefon Dinleme, s.71.

⁴¹⁸ Yargıtay 4. Ceza Dairesi bir kararında; "... Anılan düzenlemelerde yakınan telefonlarına yönelik bir tedbirden bahsedilmemektedir. Bu durumda yakınan telefonları açısından iletişimin tespiti uygulamasını, savcılık makamının CMK'nun 160 ve 161. maddelerinde öngörülen genel soruşturma yetkisi çerçevesinde değerlendirerek çözüme kavuşturmak olanaklıdır ... Aksi taktirde, telefon yoluyla işlenen ve faili bilinmeyen suçların şüphelisine/şüphelilerine ulaşma olanağı kalmayacak ve ceza yargılamasının, maddi gerçeği ortaya çıkarma amacı gerçekleşmeyecektir." gerekçesi ile mağdurun iletişiminin tespiti işlemi bakımından CMK'nun 135. maddesinin uygulanamayacağı sonucuna varmıştır. Yrg. 4. C.D'nin 2007/1398 E., 2007/2879 K. sayılı kararı (yayınlanmamış Yargıtay kararı). Yargıtay diğer bir kararında da; "... iletişimin tespiti tedbiri, CMK m.135/6 hükmündeki sınırlamaya bağlı olmaksızın tüm suçlar açısından uygulanabilir. Ancak bu tedbire sadece şüpheli ve sanık için başvurulabilir. Yakınan ve suçtan zarar görenin iletişiminin tespitini, kimliği belirtilen yöntem sonucu belirlenebilecek şüpheli veya sanık için aleyhine kanıt oluşturacak sonuca ulaşılsa bile, 135. madde kapsamında değil, cumhuriyet savcısının CMK'nun 160. ve 161. maddelerinde yer alan genel soruşturma ve kanıt toplama yetkisi çerçevesinde değerlendirmek isabetli olacaktır." gerekçesi ile mağdurun iletişiminin tespitinin genel soruşturma yetkisi çerçevesinde cumhuriyet savcılığınca yapılabileceği sonucuna varmıştır. Yrg. 4. C.D'nin 29.11.2006 T., 2006/4669E. ve 2006/17007 K. sayılı kararı. (yayınlanmamış Yargıtay kararı)

⁴¹⁹ CMK'nun 251/2 hükmünde; CMK'nun 250. maddesi kapsamına giren suçların soruşturması ve kovuşturması sırasında hakim tarafından verilecek kararların varsa Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca bu işlemlerle görevlendirilen ağır ceza mahkemesi üyesi, aksi halde yetkili adli yargı hakimlerinden istenebileceği belirtilmektedir. Düzenlemeden CMK'nun 250. maddesinde öngörülen ve uzmanlık gerektiren suçlar bakımından soruşturma aşamasında verilmesi gereken kararların kural olarak bu işlemlerle görevlendirilen yedek hakim veya bu mahkeme hakimlerinden biri tarafından verilmesi gerektiği; ancak kanunkoyucunun pratik ihtiyaçlardan kaynaklanan sebeplerle özel yetkili ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yer dışında işlenip CMK'nun 251/3 hükmü uyarınca bu yerdeki Cumhuriyet savcıları tarafından soruşturulan suçlarla ilgili tedbirlerin bu yerdeki adli yargı hakimlerinden talep edilmesine imkan tanıdığı sonucu ortaya çıkmaktadır. Aynı yönde bkz. Özbek, Veli Özer, CMK İzmir Şerhi, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, Ankara 2005, s.973; Şahin, Gazi Şerhi, s.766.

⁴²⁰ Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri haberleşme özgürlüğüne ağır müdahale oluşturduğu için, tedbire başvurulurken özel olarak hâkim kararı veya onayı aramak suretiyle bu hakka güvence

iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilmektedir⁴²¹. Bu durumda Cumhuriyet savcısının kararının derhal hakim onayına sunulması gerekir⁴²². Hakim ise kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hakim tarafından aksine karar verilmesi halinde ise tedbir Cumhuriyet Savcısı tarafından derhal kaldırılır(CMK m.135/1).

CMK'nun 135/1 hükmünde yer alan düzenlemeye benzer bir düzenleme ÇAÖSMK'nda da yer almaktaydı(ÇAÖSMK m.2). Ancak ÇAÖSMK'ndaki düzenlemeye göre savcının vermiş olduğu kararın yirmidört saat içinde hakim onayına sunulup aynı süre içinde onaylanmış olması şart olarak düzenlenmiş olmasına rağmen; CMK'nda savcının bu kararının derhal hakim onayına sunulması gerektiği, onayına karar sunulan hakim ise bu konuda karar vermek üzere yirmidört saat süresinin bulunduğu düzenlenmiştir. Yani; ÇASÖMK'nda öngörülen yirmidört saatlik süre savcının karar verdiği andan itibaren başlamasına rağmen, CMK'nda bu süre kararın hakim onayına sunulmasından sonra başlamaktadır. Ancak CMK ile getirilen düzenlemede hakim için yirmidört saat içinde kararın onaylanmasına ilişkin karar verme zorunluluğu öngörülmekle birlikte; Cumhuriyet savcısı bakımından verdiği kararın belirli bir süre içinde değil, “derhal” hakim onayına sunulması gibi bir zorunluluğa yer verildiğinden, süre açısından getirilen sınırlamanın uygulamada işlevini yitirmemesi için Anayasanın 22. maddesi ile birlikte değerlendirilmesi zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Doktrinde de düzenlemenin “yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hakim onayına sunulur. Hakim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar” şeklinde düzenleme içeren Anayasanın 22/1c.2 hükmüne uygunluğu eleştirilmektedir⁴²³. Bu nedenle telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirinin düzenlendiği CMK'nun 135. maddesinin doğrudan uygulanabilir nitelik taşıyan Anayasanın 22/1-c.2 hükmü dikkate alınarak yorumlanması, Cumhuriyet savcısının kararını

sağlanması gereklidir. Hâkim kararı veya onayı, dengeleme işlevi görmekte ve bundan başka önleyici bir hukuki koruma sağlamaktadır. Bkz. Erdem, Telekomünikasyon, s.6.

⁴²¹ 14.01.2007 tarih ve 26434 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 3/d hükmünde gecikmesinde sakınca bulunan hal; “derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması olanağının ortaya çıkması hali” şeklinde tanımlanmıştır. Diğer bir tanıma göre ise gecikmesinde sakınca bulunan hal; hakim kararının beklenmesinin telafisi imkansız zararlara sebebiyet verecek olması halidir. Bkz. Özbek, Arama, s.73.

⁴²² İngiliz hukukunda gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi emrinin en geç 5 iş günü içinde yetkili merciin onayına sunulması gerektiği kabul edilmiştir. Alman hukukunda ise; CMK'nun 100b/1 hükmünde, Cumhuriyet savcısının gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verdiği emrin hakim onayına sunulmasına ilişkin süre yönünden bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak Cumhuriyet savcısının gecikmesinde sakınca bulunan hal kapsamında verdiği yazılı emrin en geç üç iş günü içinde hakim tarafından onaylanmaması durumunda kararın geçerliliğini kaybedeceği kabul edilmektedir. Wong, Regulation Of Interception, s.8.

⁴²³ Erdem, Telekomünikasyon, s.7.

derhal ve en geç yirmidört saat içerisinde hakim onayına sunması gerektiği şeklinde anlaşılması gerekir. Aksi taktirde verilen karar ve onaylama işlemi Anayasaya aykırılık teşkil edeceğinden, bu yolla elde edilen delillerin de hukuka aykırı delil sayılarak yargılama aşamasında kullanılmaması ve dosyadan çıkarılması gerekliliği ortaya çıkacaktır.

İletişimin denetlenmesi tedbirine koğuşturma aşamasında hakim veya mahkeme tarafından gerek savcının talebi üzerine, gerekse re'sen karar verilebilir. Bu aşamada Cumhuriyet savcısının talepte bulunması şart değildir. Ancak kanaatimizce iletişimin denetlenmesi tedbirine koğuşturma aşamasında başvurulamaz. Zira; iletişimin denetlenmesi özel ve gizli uygulanan tedbirlerden olduğundan aleniyet ilkesinin geçerli olduğu yargılama aşamasında ilgilinin tedbirden haberdar olması tedbiri etkisizleştirecektir. Diğer yandan yeterli şüphe sebeplerine dayalı olarak kamu davası açıldığı taktirde, yeterli delil elde edildiğinden ikincilik ilkesi karşısında şartları oluşmadığından tedbire başvurulamayacaktır⁴²⁴.

İletişimin denetlenmesi tedbiri kararının verilebilmesi bakımından dünyada üç sistemin bulunduğu söylenebilir. Bunlar; a. İdari yetki sistemi, b. Adli yetki sistemi, c. Karma yetki sistemidir. İdari yetki sisteminde denetleme kararını idari bir makam vermekte, adli sistemde bu yetki adliye mensuplarına geçmekte, karma sistem olarak adlandırılan usulde ise kararı kural olarak hakim vermektedir. Ancak gecikmede sakınca bulunan hallerde bu konuda savcı da karar vermeye yetkilidir⁴²⁵. Karşılaştırmalı hukukta iletişimin denetlenmesi kararı İngiltere dışında genellikle yargı organları tarafından ve yazılı olarak verilmektedir⁴²⁶.

⁴²⁴ Centel/Zafer'e göre; kanunda koğuşturma, sanık gibi kavramların kullanılmış olması tedbire koğuşturma evresinde başvurulabileceğini ortaya koymakta ise de; bu durum yasakoyucunun soruşturma ve koğuşturma kavramlarını, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası Dönemindeki anlamlarıyla kullanmış olmasından kaynaklanmalıdır. Söz konusu yasa döneminde öğretiye göre, soruşturma evresi, soruşturma ve koğuşturma işlemlerinin yapılabildiği bir dönemi ifade etmekteydi ve soruşturma evresinde de isnadı ortaya koyan işlemlerin yapılması ile sanıklık statüsü ortaya çıkması mümkündü. Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s.420.

⁴²⁵ Gökçen, Elkoyma, s.195, 196.

⁴²⁶ Almanya, Avusturya, İsviçre ve Fransa'da tedbire karar verme yetkisi esas itibarıyla hakime tanınmış iken; İngiltere'de özellikle tarihsel nedenlerden dolayı tedbire karar verme yetkisi bir bakana tanınmıştır. Bu bakan da kural olarak içişleri bakanıdır. Gecikmede tehlike bulunan durumlarda bakanın sözlü olarak yetkilendirmesiyle yetkili bakanın yüksek derecedeki memuruna da sonradan bakan onayına sunulması kaydıyla yetki verilmiştir. Gerçekten RIPA'nın (Regulation of Investigatory Powers Act 2000-United Kingdom) 7. maddesinde hakim veya mahkemelerin denetim izni verme yetkisine sahip olduklarına ilişkin bir düzenleme yoktur. Ancak denetim kararının uygulanması sonucu mağdur olan kişilerin mahkemeye başvurma haklarının düzenlendiği RIPA'nın 65. maddesinde, denetimin mahkemelerin kararı doğrultusunda yapılması halinde mağdurların denetim kararının uygulanmasına karşı mahkemeye başvurma hakları bulunmadığı belirtilmektedir. Bu düzenlemeden ise bu makamların içişleri bakanının yetki devri sonucu yetkilendirildikleri sonucu ortaya çıkmaktadır. Bkz. Erdem/Özbek, Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi, s.284; Özdoğan, Teknik Dinleme, s.152; Akmanlar, Bülent, Avrupa Konseyi Üyesi Bazı Devletlerde Telefon Konuşmalarının Dinlenmesi ve Telekomünikasyonun Kaydedilmesi, YD, Ocak-Nisan 1982, S. 1-2, s.667.; Wong, Regulation Of Interception, s.7.

Burada üzerinde durulması gereken diğer bir konu da gecikmede sakınca bulunan hal kapsamında Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulduğunda ilk aşamada hukuka uygun olarak başvuru tedbirin yirmidört saat içinde hakim onayına sunulmadığı, hakim yirmidört saat içinde kararını vermediği veya hakim kararın onaylanması isteminin reddine karar verdiği hallerde arada geçen süreç dahilinde elde edilen verilerin akıbetidir. CMK'nun 137/3 hükmünde hakim onayının alınmadığı hallerde tedbirin uygulanmasına derhal son verilerek tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların Cumhuriyet savcısının denetiminde en geç on gün içinde yok edilerek durumun bir tutanakla tespit edileceği düzenlenmiştir. Ancak CMK'nun 135. maddesinin birinci fıkrasında; “sürenin dolması veya hakim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir Cumhuriyet Savcısı tarafından derhal kaldırılır” hükmüne yer verilmiş⁴²⁷, bu süre içerisinde elde edilen delillerin yargılamada değerlendirilip değerlendirilmeyeceği sorusuna açık yanıt verilmemiştir.

Hakim onayı alınamayan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emrine dayalı olarak elde edilen verilerin delil olarak kullanılması mümkün değildir. Zira; bu durumda uygulanan tedbir geriye dönük olarak geçersiz olduğundan, bu tedbire dayalı olarak elde edilen verilerin de soruşturma ve yargılamada kullanılması mümkün değildir. Bu nedenle gerek iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen deliller, gerekse bu delillere dayalı olarak başvuru arama, elkoyma ve diğer koruma tedbirleri neticesinde elde edilen deliller hukuka aykırı yolla elde edilen delil niteliği taşıdıklarından derhal kanunun öngördüğü on günlük süre içerisinde yok edilmeleri gereklidir⁴²⁸. Esasen hakim vermiş olduğu onama isteminin reddine ilişkin karar, Cumhuriyet savcısının gecikmede sakınca bulunan hal kapsamında verdiği iletişimin denetlenmesi kararının kanuna aykırı olduğunun tespiti anlamına geldiğinden, bu karara dayalı olarak elde edilen delillerin hiçbir şekilde delil olarak kullanılması mümkün değildir⁴²⁹. Doktrinde bir görüşe göre; bu durumda gecikmesinde sakınca bulunan hal kapsamında Cumhuriyet savcısının yazılı emrine dayalı olarak iletişimi dinleyen ve kayda alan kolluk memurunun tanıklığına başvurulabilir ve bu şekilde ispat yolu açıktır⁴³⁰. Diğer bir görüşe göre ise; hakim onayı alınmadan yazılı emre dayalı olarak yapılan tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların delil olarak kullanılması hiçbir şekilde mümkün değildir. Hem dinleme, hem de kayda alma ve bu yolla elde edilen verilere dayalı olarak yapılan arama ve elkoyma işlemi neticesinde elde edilen

⁴²⁷ Kanımızca bu durumda Cumhuriyet Savcısının tedbirin kaldırılması kararı vermesine gerek olmadan, tedbire kendiliğinden son verilmesine yer verilmesi daha isabetli olurdu. Aynı yönde bkz. Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi, s.599.

⁴²⁸ Erdem, İletişimin Denetlenmesi, s.102; Şahin, Ceza Muhakemesi, s.269.

⁴²⁹ Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi, s.215.

⁴³⁰ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.727.

deliller hukuka aykırı sayılmalıdır. Bu durum dinleme ve kayda alma işlemini yapan kolluk memurunun tanık olarak dinlenmesi için de geçerlidir. Bu husus hukuka aykırı delillerin uzak etkisi olarak dahi nitelendirilmeksizin, iletişimin denetlenmesi tedbirinin hukuka aykırı olmasının doğal bir neticesi olarak kabul edilmelidir⁴³¹. Kanımızca telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması için gerekli koşulların bulunmadığı veya kararın hakim onayına sunulacağı süreç içerisinde gerekli koşulların ortadan kalktığı gerekçesi ile Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararın hakim onayına sunulmamış veya sunulmuş olmakla birlikte hakim tarafından onaylanmaması halinde; bu süreç dahilinde iletişimin denetlenmesi tedbirine dayalı olarak elde edilen tüm verilerin, soruşturma ve kovuşturma aşamasında değerlendirilmemesi ayrıca tedbirin icrasında görevlendirilen kolluk personelinin tanıklığına da başvurulmaması gerekir. Aksine bir uygulama zamanla hakim onayı alınması zorunluluğunun dolanılmasına, Anayasa ve yasalarla güvence altına alınan özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyetinin keyfi sınırlamalara maruz kalmasına sebep olacaktır.

Cumhuriyet Savcısı tarafından verilen kararın hakim onayına sunulduğu aşamada kararın CMK'nun 135. maddesine uygunluğu denetlenecektir. Örneğin verilen kararın gecikmesinde sakınca bulunan hal kapsamında verilir verilmediği, kararın CMK'nun 135. maddesinde öngörülen katalog suçlara ilişkin olup olmadığı incelenmek suretiyle hukuka uygunluk denetimi yapılacaktır. Diğer yandan; iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurmak için “başka suretle delil elde edilmesi olanağının bulunup bulunmaması” koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediği de incelenecektir. Bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediği yönünde yapılan denetim ise hukuka uygunluk yanında, tedbirin amaca uygunluğu ve yerindeliliği konusunda bir değerlendirme yapılmasını da gerekli kılacaktır⁴³². Bu nedenle Cumhuriyet savcısının kararını onayına sunduğu hakim, tedbir kararının kanunda öngörülen şartlara uygun olarak verilir verilmediğini orantılılık ilkesi ve bu bağlamda tedbirin ikinci derece uygulanabilirliği konusunda denetlediği için, denetim yerindelik yönünden de yapılacaktır.

⁴³¹Erdem, Telekomünikasyon, s.7; Şen, Telefon Dinleme, s.67.

⁴³² Erdem, Telekomünikasyon, s.7.

e. Hakim veya Cumhuriyet Savcısının Kararında Bulunması Gereken Bilgiler

İletişimin dinlenmesi, kayda alınması veya sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin talepler ile hâkim ve cumhuriyet savcısı kararlarında, CMK'nun 135/3 hükmünde ve 14.01.2007 tarihli yönetmelikte aşağıda belirtilen hususların yer alması gerektiği düzenlenmiştir⁴³³.

- a. Soruşturma numarası veya kovuşturmaya geçilmişse mahkeme esas numarası,
- b. Kararın hangi suçun soruşturulması için istendiği, bu suça ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin neler olduğu,
- c. Başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmadığı hakkındaki açıklama, bilgi veya belgeler,
- ç. Hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği,
- d. İletişim aracının türü ile numarası veya iletişim bağlantısının tespitine imkan veren kodu,
- e. Tedbirin türü,
- f. Tedbirin kapsamı,
- g. Tedbirin süresi,

Cumhuriyet savcısının kararında ise yukarıda belirtilenler dışında gecikmede sakınca bulunan halin varlığına ilişkin bilgi ve gerekçeler de bulunmalıdır⁴³⁴. Diğer yandan tedbire başvurma tarih ve saatinin de kararda açıkça gösterilmesi gereklidir⁴³⁵. İletişimin denetlenmesi kararında bulunması gereken bilgilerin ayrıntılı olması keyfiliği önleyici güvenceler getirmesi bakımından olumludur⁴³⁶. Bunun yanında doktrinde bu tarz bir yaklaşımın gerçekçi olmadığı, kararda bulunması gereken bilgilerin elde edildiği aşamada iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmasına gerek kalmayacağı da ileri sürülmektedir⁴³⁷.

Cumhuriyet savcısının gecikmesinde sakınca bulunan hal kapsamında verdiği kararda, karar tarihinin saat ve dakika da içerecek şekilde açıkça belirtilmesi; ayrıca karar hakim onayına sunulduğunda hakim havalesinde talep yazısının hakimliğe ulaştırıldığı tarihin saat ve

⁴³³ Bkz. 14.01.2007 tarih ve 26434 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik m.6.

⁴³⁴ Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi kararında dikkat edilmesi ve kararda bulunması gereken ve hususlar hk. bkz. Şahbaz, İbrahim, İletişimin Denetlenmesi ve Yasak Deliller, Ankara 2009, s.93.

⁴³⁵ Özbek/Doğan, s.570.

⁴³⁶ Şahin, Ceza Muhakemesi, s.269

⁴³⁷ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi , s.711.

dakika içerecek şekilde açıkça belirtilmesi, hakimın onama istemine yönelik kararında da kararın verildiği tarihin saat ve dakika içerecek şekilde açıkça belirtilmesi gereklidir. Böylelikle kararların yargılama aşamasında Anayasanın 22. ve CMK'nun 135. maddesi kapsamında süre yönünden hukuka uygunluğunun denetlenebilmesi sağlanarak tedbirin hukuka uygunluğuna yönelik belirsizlikler ortadan kaldırılmış olacaktır.

f. Tedbirin Süresi

İletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin karar en çok üç ay için verilebilir ve bu süre bir kez uzatılabilir. Yani; tedbirin uygulanabilme süresi kural olarak en çok altı aydır⁴³⁸. Ancak örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, hakim tarafından sürenin bir aydan fazla olmamak üzere müteaddit defalar uzatılmasına verilebilir (CMK m.135/3)⁴³⁹.

İletişimin denetlenmesi tedbirinin düzenlendiği 4422 sayılı ÇAÖSMK'nun 2/6 hükmünde ise tedbirin uygulanma süresinin üç ay olabileceği, bu sürenin en fazla iki kez uzatılabileceği yani en fazla dokuz ay süre ile sınırlı olarak iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanabileceği düzenlenmekteydi. İletişimin denetlenmesi tedbirinin kısa süreli olması halinde kriminalistik açıdan istenen sonucu vermeyeceği gibi; uzun süre devam edecek olması da orantılılık ilkesi açısından kabul edilemez. Doktrinde iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından ÇAÖSMK'nda öngörüldüğü gibi, sürenin en fazla iki kez uzatılmasına imkan veren ve bu

⁴³⁸ Karşılaştırmalı hukukta tedbirin süresi genellikle kanunla sınırlandırılmıştır. Fransa'da CMK'nun 100/2 maddesine göre kararlar en fazla 4 ay süre için alınır. Aynı süre dahilinde, aynı şartlarda ve aynı şekilde yenilenebilir. Göçer, Mahmut, Fransız Hukuku ve Anayasa Yargısında Özel Hayatın Gizliliği Hakkının Korunması, İHY, C.19-20, 1997-1998, s.169; Taşkın, İletişimin Denetlenmesi, s.121. İletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin olarak İngiltere'de iki ay, İsviçre'nin bazı kantonlarında bir ay, bazı kantonlarında ise 6 aylık süreler öngörülmüştür. Ayrıca tüm ülkelerde gereken durumlarda sınırsız olarak tedbiri uzatma imkanı tanınmaktadır. Yalnızca İngiltere'de uzatmadan sonra azami süre bir ay olarak belirlenmiştir. Yavuz, A. Hakan, Ceza Yargılamasında Bir Koruma Tedbiri Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, TBBD, S. 60, Ankara 2005, s. 253; Alman hukukunda tedbire başvurulmasına ilişkin olarak üç aylık bir süre öngörülmüştür. Ancak tedbirin uygulanmasına ilişkin koşullar bulunmaya devam ettiği sürece, her biri üç ayı geçmemek üzere bu süre sınırsız olarak uzatılabilmektedir. Uzatma kararını vermeye, soruşturma aşamasında savcılığın talebi üzerine münhasıran hâkim yetkilidir (Alman CMK § 100b II c.2). Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi, s.705; Erdem, Telekomünikasyon, s.8-9; Sözüer, Özel Haberleşmenin Denetlenmesi, s.105; Hollanda'da denetim süresine ilişkin olarak mevzuatta bir süreye yer verilmemekle birlikte, denetim süresinin en çok dört hafta olabileceği ve bu sürenin de en çok dört hafta uzatılabileceği kabul edilmektedir. Kanada Ceza Kanununda (m.184.2/4) ise; tedbire azami altmış günlük süre için başvurulabileceği öngörülmüştür. Özdoğan, Teknik Dinleme, s.37.

⁴³⁹ Örgütlü suçluluk bakımında getirilen bu düzenleme 25.05.2005 tarih ve 5353 sayılı Kanunun 17. maddesi ile CMK'na eklenmiştir. Türk hukuk sisteminde terör suçlarının soruşturulması ve kovuşturulması konusunda bazı özel düzenlemeler bulunmaktadır. Bu kapsamda; CMK'nun 250-252. maddeleri ile 29.06.2006 tarih ve 5532 sayılı yasanın 9. maddesi ile değişik 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunun 10. maddesi telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin önemli düzenlemeler getirmektedir.

düzenlemedeki süre kadar tedbire başvurulmasına imkan tanıyacak şekilde düzenleme getirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁴⁴⁰. Diğer yandan uzatma kararı verilebilmesi bakımından tedbire başvurulabilmesi için gerekli koşulların varlığını sürdürmesi ve bu koşulların mevcudiyetinin uzatma kararında açıkça belirtilmesi gerekir. Aksi durumda süre açısından getirilen sınırlamanın gereksiz sayılmasına ve keyfi biçimde uzatılmasına imkan tanınmış olur.

Tedbirin süresinin uzatılmasına ilişkin yetkinin, ilk tedbir süresinin sona ermesinden itibaren kullanılması dışında ilk tedbirin sona ermesinden itibaren ihtiyaç duyulan farklı bir tarihte de kullanılabilip kullanılamayacağı tartışılabilir. Bu konuda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu yetki ve süre uzatımı meselesi iki şekilde yorumlanabilir. Hakimin tedbirin süresini uzatabilme yetkisi şüpheli veya sanık lehine yorumlanırsa, uzatma kararının ilk tedbir süresinin sona ermesinden itibaren derhal kullanılması gerekecektir. Diğer yandan kanunda bu konuda bir sınırlama getirilmediğinden, uzatma kararının CMK'nun 135. maddesinde yer alan koşulların devam etmesi şartıyla hakim tarafından daha sonraki bir tarihte verilebileceği de düşünülebilir. Kanaatimizce; ikinci bakış açısı uygulama açısından daha işlevsel görünse de, kanunda ifadesini bulan “uzatma” kavramı başlamış olan bir tedbirin kesintiye uğramaması ve daha ilk tedbir süresi bitmeden uzatmaya ilişkin ek karar verilmesi anlamını içermektedir. Bu nedenle buradaki uzatmanın ilk tedbir süresi bitmeden önce, ek tedbir için müracaatı ve bu müracaattan alınacak olumlu kararlar, araya fasıla girmeksizin ek tedbir süresinin bitecek ilk tedbir süresinden hemen sonra başlaması anlamını taşıdığıının kabulü gerekir⁴⁴¹.

Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak sürenin bir aydan fazla olmamak üzere müteaddit kereler uzatılmasına imkan getirilmesi ve süre bakımından da bir üst sınır öngörülmemesi, örgütlü suçluluk kavramının zamanımızda globalleşmiş olmasına rağmen halen resmen kabul edilmiş, uygulama ve doktrinde ortak kabul görmüş bir tanıma sahip olmaması karşısında uygulamada belirsizliğe yol açabilecek niteliktedir. Zira; uluslararası metinlerde, Birleşmiş Milletlerin bazı kararlarında, Avrupa Birliğinin hazırladığı metinler ile organları tarafından verilen kararlarda ayrıca Avrupa Konseyinin mevzuatında örgütlü suçluluğa ilişkin bir tanıma rastlanmamaktadır⁴⁴². Bu nedenle bir suçun hangi durumlarda “örgütün faaliyeti”

⁴⁴⁰ Erdem, İletişimin Denetlenmesi, s.104.

⁴⁴¹ Aynı yönde; Şen, Telefon Dinleme, s.76. Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi, s.216; Özen, Gizli Soruşturma Tedbirleri, s.312; Aksi görüş için bkz. Kaymaz, İletişimin Denetlenmesi, s.328

⁴⁴² Alacakaptan, Uğur, Çıkar Amaçlı Suç Örgütü Kurma Suçu, Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004, s.45. Doktrinde organize suç kavramının genellikle; birden fazla kişinin, hiyerarşik düzende, disiplinli, sürekli, kamu düzenini bozduğu varsayılan ve aynı amaca yönelik suçları işlemek için oluşturdukları bir örgütlenmedir şeklinde tanımlandığı görülmektedir. Özek, Organize Suç, s.195.

çerçevesinde işlenmiş sayılacağı konusunda belirgin bir ölçüt bulunmadığı için, sürenin sınırsız olarak uzatılabilmesine olanak sağlayan düzenleme keyfi uygulamalara açık kapı bırakmaktadır⁴⁴³.

İletişimin denetlenmesi tedbirine belli bir süre için karar verilmiş olması, her halükarda kararda belirtilen sürenin sonuna kadar tedbirin uygulanabilmesini gerektirmez. Sürenin sona ermediği aşamada da tedbire başvurulması için gerekli şartlardan bir veya birkaçının ortadan kalktığı anlaşılabılır. Bu durumda tedbire derhal son verilmelidir. Diğer yandan; iletişimin denetlenmesine ilişkin kararın yerine getirildiği aşamada şüphelinin başka bir iletişim aracı kullandığı tespit edildiğinde; tespit edilen yeni iletişim aracıyla yapılan iletişimin denetlenmesine ilişkin kararın süresi, diğer iletişim aracına ilişkin olarak verilen tedbir süresinin bitiş tarihini geçemez. Aksi halde; şüphelinin yeni iletişim aracı kullanmaya başladığı durumlarda her seferinde üç aylık yeni süre işletilerek, üç ve altı aylık sürenin aşılamayacağına ilişkin yasal düzenlemenin ihlal edilmesine olanak tanınmış olur.

Üzerinde durulması gereken diğer bir konu da; CMK'nun 135. maddesinde öngörülen sürenin kararın verildiği andan itibaren mi, kararın Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına ulaştığı andan mı, yoksa kararın Telekomünikasyon İletişim Başkanlığında sisteme tanıtıldığı andan mı başlayacağıdır⁴⁴⁴. Doktrinde bir görüşe göre; tedbiri uygulama durumunda olan kolluğun tedbirin süresini istediği zaman başlatabilmesini ve böylece uygulamada tedbirin kötüye kullanılmasını önlemek için sürenin kararın verildiği andan itibaren başlaması gerekmektedir. Bu konuda CMK'nda açıklık bulunmadığından düzenlemenin şüpheli veya sanık lehine yorumlanması gerektiği belirtilmektedir⁴⁴⁵. Ayrıca kararın uygulamaya başlayacağı tarih ve saatin karada yazılması gerekliliği de ifade edilmektedir⁴⁴⁶. İletişimin dinlenmesi, kaydedilmesi ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin verilen tedbir kararları öncelikle işlemi yürütecek personel bakımından bir hazırlık yapılmasını gerektirmektedir. Zira; tedbir kararı yerine getirilmek üzere Cumhuriyet savcısının öncelikle ilgili kolluk birimine gönderilmekte, görevlendirilen kolluk personelinin numarası Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına bildirilmekte, tedbire ilişkin işlemler de bu aidiyet numaralı kolluk personeli tarafından yerine getirilmektedir. Bu işlemlerin yapılması ise belli

⁴⁴³ Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi, s.597.

⁴⁴⁴ Almanya'da sürenin, kararın verildiği andan itibaren değil, fiilen uygulanmasına başlandığı andan itibaren işlemeye başlayacağı kabul edilmektedir. Bkz. Erdem, Telekomünikasyon, s.9.

⁴⁴⁵ Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi, s.597; Özbek, Ceza Muhakemesi, s.429; Sevük, Telekomünikasyon, s.111; Özen, Gizli Soruşturma Tedbirleri, s.312; Meran, İletişimin Denetlenmesi, s.132.

⁴⁴⁶ Şen, İletişimin Denetlenmesi, s.114.

bir zaman almaktadır⁴⁴⁷. Diğer yandan; 14.01.2007 tarih ve 26434 sayılı yönetmeliğin 12. maddesinin 4. fıkrasında dinleme veya mobil telefonun yerinin tespitine ilişkin kararda belirtilen sürenin kararın Başkanlıkta sisteme tanıtıldığı andan itibaren başlayacağı hükmüne yer verilmiştir. Ancak bu düzenleme aynı yönetmeliğin 5. maddesinin 3. fıkrasında yer alan talep veya kararın hakim veya Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına ulaştığı anda sürelerin başlayacağına ilişkin düzenleme getiren hükmüyle arasında çelişki taşımaktadır. Kararın Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına ulaştığı an ile sisteme kaydedildiği an arasında farklılık olabilmektedir. Şöyle ki; Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı uzmanlarının kararı incelemeleri, kararı veren merci ile bağlantıya geçerek kararın teyidini almaları veya yazılı emirlerin düzeltilmesi gibi işlemleri yapmaları söz konusu olabilmektedir. Bu süreçte de belli bir sürenin geçtiği aşikardır. Danıştay 10. Dairesi konuya ilişkin olarak 16.10.2007 tarih ve 2007/2795 sayılı yürütmenin durdurulması kararı ile 14.01.2007 tarihli yönetmeliğin 12. maddesinin 4. fıkrasında yer alan düzenlemeye ilişkin olarak yürütmenin durdurulması kararı vermiştir⁴⁴⁸. Böylelikle de 14.10.2007 tarihli yönetmeliğin iletişimin denetlenmesi kararının başlayacağı ana ilişkin getirdiği düzenlemeler arasındaki çelişki bir ölçüde giderilmiştir. Ancak Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 15.05.2008 tarih ve YD. İtiraz No. 2008/159 sayılı kararı ile; özellikle idarenin düzenleme yetkisinin sınırının aşıldığı ve ceza muhakemesinin maddi içeriğine ait kuralların uygulamasına ilişkin sınırların öncelikle ve tartışılmaz bir biçimde yargılama yetkisi dahilinde olduğu, CMK'nun 135-140. maddelerinde davalı idareye (Adalet Bakanlığına) yönetmelik ile düzenleme yetkisi veren hüküm bulunmadığı gerekçesi ile Danıştay 10. Dairesince verilen yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararın kaldırılmasına karar verilmiştir.

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi kararında belirtilen sürenin başlangıcının idarenin düzenleme yetkisini aştığı, birbiriyle çelişir nitelikteki yönetmelik hükümlerine dayalı olarak belirlemek mümkün görünmemektedir. Diğer yandan CMK'nun 137/1c. 2 hükmünde yer verilen, "işlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanır" yönündeki hüküm de dikkate alınarak kararın Başkanlığa ulaştığı tarih ve saati, ayrıca işlemi yapanın kimliğini açıkça gösterir tutanak tutulması gerekir. Bu süreç tutanak ile açıkça belirleneceğinden, tedbir kararında belirtilen sürenin

⁴⁴⁷ Taşkın, İletişimin Denetlenmesi, s.122.

⁴⁴⁸ Danıştay 10. Dairesi 16.10.2007 tarihli yürütmeyi durdurma kararında; tedbir kararının verilmesi ile uygulamaya geçilmesi arasında teknik olarak belli bir zaman dilimine ihtiyaç olduğu, ancak bu süreyi önceden öngören ve uygulamanın başlangıç tarihinin tedbir kararında yer almasına imkan tanıyan bir düzenlemeye yer verilmesi yerine, yönetmelikle uygulamanın sınırsız olarak ertelenmesine imkan tanındığı gerekçesi ile 14.01.2007 tarihli yönetmeliğin 12/4 hükmüne ilişkin olarak yürütmesinin durdurulmasına karar vermiştir.

başlangıç anının kararın Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına ulaştığı an olduğu da düşünülebilir.

Kanaatimizce sürenin hakim kararının verildiği andan itibaren işlemeye başlatılması gerekir. Çünkü kanunda öngörülen şartların bulunup bulunmadığı hakim tarafından karar anındaki duruma göre tespit edilmektedir. Bu nedenle hakim tarafından sürenin başlayacağı anının sonraki bir tarihe bırakılmaması, tedbiri uygulayacak makama sürenin başlangıç anının belirlenmesi imkanının sağlanmaması ve böylelikle keyfiliği önleyici işleyişin tesis edilmesi gerekir. Bu itibarla tedbire ilişkin sürenin hakimın iletişimin denetlenmesi kararı verdiği anda başladığının ve yine kararda belirtilen süre bittiğinde sona erdiğinin kabulü gerekir. Bu nedenle telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi kararında karar tarihinin ve tedbirin son bulacağı tarihin saat ve dakika da içerecek şekilde açıkça belirtilmesi kararın yargılama aşamasında hukuka uygunluğunun denetimi açısından gereklidir.

3. İletişimin Tespiti ve Koşulları

İletişimin tespiti 14.01.2007 tarih ve 26434 sayılı yönetmeliğin tanımlar başlıklı 4/f bendinde; “İletişimin içeriğine müdahale etmeden, iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlemleri ifade eder” şeklinde tanımlanmıştır. CMK’nun 135. maddesinin Adalet Komisyonu Raporundaki gerekçesinde ise; iletişimin tespitinin, belli bir telefon numarasından kimlerin ne zaman arandığı, konuşmanın ne kadar süreyle yapıldığı, elektronik posta yoluyla kimlerle iletişim kurulduğu hususlarının tespitinden ibaret olduğu ifade edilmiştir⁴⁴⁹.

Doktrinde genellikle iletişimin tespitinin; iletişimin içeriğini öğrenme amacı taşımayıp, sanık veya şüphelinin telekomünikasyon yoluyla kimlerle, ne zaman, ne süre ile iletişim kurduğunun belirlenmesi anlamına geldiği ifade edilmektedir⁴⁵⁰. Diğer yandan 26434 sayılı yönetmelikte yapılan tanımdan da hareketle mobil telefonlar bakımından geçerli olan yer bilgisi, yani kişilerin nereden iletişimde bulunduğu bilgisi ile iletişim kurulmak istenen cihazın kapalı olması, cevap vermemesi veya ulaşılamaması gibi başarısız arama girişimlerine

⁴⁴⁹ Noyan, Erdal, Ceza Muhakemesi, Ankara 2005, s.301.

⁴⁵⁰ Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi, s.591; Özbek, Ceza Muhakemesi, s.421; Şen, Telefon Dinleme, 47; Çolak/Taşkın, s.622.

ilişkin bilgiler de iletişimin tespiti kapsamında değerlendirilmektedir⁴⁵¹. Doktrinde tespit kavramına verilen bu değişik anlamların karmaşa meydana getirdiği ifade edilmektedir⁴⁵².

İletişimin tespiti tedbirine başvurulmasının şartlarına ilişkin olarak doktrinde değişik görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre; iletişimin içeriğine müdahale edilmeksizin, iletişimin kimler arasında ve hangi zamanda yapıldığına ilişkin detay bilgiler elde edilmesi CMK'nun 135 ve devamı hükümlerine tabi değildir. Buna göre; özellikle telefonla taciz, hakaret gibi olayların aydınlatılması amacıyla haberleşme hizmeti sunan kurum tarafından, yapılan konuşmaları ücretlendirmek amacıyla tutulan bilgilerden yararlanılmasına CMK'nun 135. maddesi engel değildir⁴⁵³. Diğer görüşe göre ise; Cumhuriyet savcısının müşteki veya mağdurun talebi üzerine CMK'nun 160 ve 161. maddelerinde yer alan genel soruşturma yetkisi çerçevesinde müşteki veya mağdurun iletişimini tespit etmesi mümkün ise de; CMK'nun 135/1 maddesinin açık hükmü karşısında, şüpheli veya sanığın iletişiminin tespiti için hakim kararı gereklidir. Diğer yandan geçmişte yapılan iletişime ilişkin kayıtların talep edilmesi halinde gecikmesinde sakınca bulunan bir halin varlığından da söz edilemeyeceğinden, Cumhuriyet Savcısının gecikmesinde sakınca olduğu gerekçesi ile şüpheli veya sanığın iletişimini tespit etmesi mümkün değildir⁴⁵⁴. Yargıtay da bir kararında iletişimin tespitinin CMK'nun 135/1 hükmü uyarınca hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının kararıyla mümkün olduğuna hükmetmiştir⁴⁵⁵. Ancak Yargıtay konuya ilişkin olarak daha sonra verdiği bir kararında ise ilk görüşü teyit eder tarzda; Cumhuriyet savcısının CMK'nun 160 ve 161. maddesinde düzenlenen genel

⁴⁵¹ Kaymaz, İletişimin Denetlenmesi, s.113; Aynı yönde İnceoğlu, Asuman Aytekin, Türk Hukukunda Adli Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Uğur Alacakaptan'a Armağan, C.1, İstanbul 2008, s.109.

⁴⁵² Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi, s.719;Kunter/Yenisey/Nuhoğlu'na göre; 4422 sayılı yasada iletişimin tespiti bant gibi teknik bir araçla iletişimin tespiti anlamına geldiğinden ve CMK'nun 135/1 hükmünde kayda alma ayrıca düzenlendiğinden tespit kelimesine başka bir anlam yüklenmiş ve bu da karmaşaya neden olmuştur. Bu görüşe göre; eğer tespit kelimesine verilen anlam kayıt ise dinleme açıkta kalmakta, eğer tespit ile kastedilen kiminle ve ne şekilde bağlantı kurulduğuna ilişkin detay bilgileri ise, dinleme düzenlenmemiş olmaktadır. Bu nedenle tespit kelimesinin 5271 sayılı CMK'nun 135/1 maddesinde telefonun veya telefonu kullanan kişinin bulunduğu yerin saptanması, CMK'nun 135/4 hükmünde ise mobil telefonun yerinin bulunması anlamında kullanıldığının kabulü gereklidir. Bkz. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi, s.114.

⁴⁵³ Öztürk/Ertem, Ceza Muhakemesi, s. 691.

⁴⁵⁴ Soyaslan, Ceza Muhakemesi, s.268; Centel, Nur/Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku El Kitabı, İstanbul 2009, s.286; Şahin, Ceza Muhakemesi, s.269; Kaymaz, İletişimin Denetlenmesi, s.116.

⁴⁵⁵ Yargıtay kararına göre; “Soruşturma evresinde şüphelinin kullandığı telefonla yaptığı görüşmelere ilişkin detay bilgilerinin, yani telefonla yapılan bağlantıların kimlerle ve ne zaman yapıldığı anlamına gelen tespit yukarıda belirtilen CMK'nun 135. maddesinin 6. fıkrası kapsamında bırakılmıştır. Bu nedenle hangi suça ilişkin olursa olsun, şüpheliye ait telefondan kimlerle, ne zaman görüşüldüğüne dair ‘tespit’ CMK'nun 135/1 maddesi uyarınca hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla mümkün olacaktır”. Yrg. 5. CD. 01.10.2005 T., 2005/14969E. ve 2005/20489 K. sayılı kararı (Yayınlanmamış Yargıtay Kararı).

soruşturma yetkisi çerçevesinde hakim kararı olmadan iletişimin tespitine ilişkin kayıtları ilgili kurumlardan isteme yetkisi bulunduğunu ifade etmiştir⁴⁵⁶.

CMK'nun 135/6 maddesinde 5353 sayılı yasayla yapılan değişiklikle; “bu madde kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir” düzenlemesi getirilmiş ve bu kapsamda iletişimin tespiti ve mobil telefonun yerinin tespiti tedbirlerine getirilen düzenlemede yer verilmemiştir⁴⁵⁷. Böylelikle iletişimin tespiti tedbiri bakımından CMK'nun 135/6 hükmünde öngörülen katalog suçlara ilişkin sınırlama ortadan kaldırılmıştır. Ancak bu sınırlama dışında iletişimin tespiti tedbirine başvurulmasına ilişkin olarak CMK'nun 135. maddesinde öngörülen diğer şartlara ve özellikle kural olarak hakim kararına dayalı olarak tedbire başvurulabileceğine ilişkin düzenleme geçerliliğini korumaktadır. Bu itibarla kanımızca yürürlükteki düzenleme karşısında, Cumhuriyet savcısının genel soruşturma yetkisinin düzenlendiği CMK'nun 160 ve 161. maddelerine dayalı olarak iletişimin tespiti tedbirine başvurulması mümkün değildir. Diğer yandan mağdur veya müştekinin rızası üzerine genel soruşturma yetkisi çerçevesinde müşteki veya mağdurun iletişiminin tespitine başvurulmasının ise mümkün olduğunun kabulü gerekir⁴⁵⁸.

⁴⁵⁶ Bodrum Cumhuriyet Savcılığının iletişimin tespiti talebinin Sulh Ceza Hakimliğince reddedilmesi ve itiraz aşamasında da itirazın reddine karar verilmesi üzerine kanun yararına bozma istemi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 8. Dairesi; “ Cumhuriyet savcısının, iletişimin tespiti uygulamasını 5271 sayılı CMK'nun 160 ve 161. maddelerinde öngörülen genel soruşturma yetkisi çerçevesinde değerlendirerek çözüme kavuşturulmasının olanaklı olduğu...” gerekçesine dayalı olarak Adalet Bakanlığının kanun yararına bozma istemini yerinde görmemiştir. Yrg. 8. C.D.'nin 11.2007 T., 2007/8616 E. ve 2007/8160 K. sayılı ilamı (Yayınlanmamış Yargıtay Kararı); Aynı yönde; Yrg. 4. C.D.'nin 06.11.2007 T., 2007/8700E ve 2007/8903 K. sayılı ilamı. (Yayınlanmamış Yargıtay Kararı).

⁴⁵⁷ 25.05.2005 tarih ve 5353 sayılı yasanın 17. maddesinde yapılan değişiklik öncesinde CMK'nun 135/6 hükmünde yer alan düzenleme; “bu madde hükümleri ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir” şeklindeydi. Bu nedenle de mobil telefonun yerinin tespiti ve iletişimin tespiti tedbirlerine ancak katalog kapsamındaki suçlarla sınırlı olarak başvurulabilmekteydi.

⁴⁵⁸ Yargıtay mağdurun rızası veya talebi üzerine mağdurun iletişiminin tespitine yönelik kayıtların istenmesini CMK'nun 160 ve 161. maddesinde yer alan soruşturma görev ve yetkisi kapsamında ele almıştır. Karara göre; “İncelenen somut olayda yakınının 5.12.2005 ve 19.12.2005 tarihli dilekçelerde, kendisine karşı gerçekleştirilen telefonla tehdit ve hakaret suçlarının faillerinin belirlenebilmesi için ev ve cep telefonuyla belirttiği tarihlerde yaptığı görüşme kayıtlarının incelenmesini ve telefonun dinlenmesini istediği anlaşılmaktadır. Cumhuriyet Savcısınca ilgili Telekom kurumuna gönderilen tespit yapılmasına ilişkin isteğin yerine getirilmediği, bunun üzerine Cumhuriyet Savcısının C.Y.Y.'nin 135. maddesi uyarınca bir karar verilmesi için Sulh Ceza Mahkemesine başvurduğu ancak yetkili hakim soruşturulan suçun anılan yasa maddesinin 6-a fıkrasında sayılanlar arasında bulunmadığı gerekçesiyle isteğin reddine karar verdiği görülmektedir. Sulh Ceza hakiminin verdiği kararın gerekçesi doğru olmamakla birlikte ulaşılan sonuç isabetlidir. Gerçekten de iletişimin tespiti tedbiri, C.Y.Y.'nin 135/6 maddesindeki sınırlamaya bağlı olmaksızın tüm suçlar açısından uygulanabilir. Ancak bu tedbire sadece şüpheli veya sanık için başvurulabilir. Yakınının veya suçtan zarar görenin iletişiminin tespiti, kimliği belirtilen yöntem sonucu belirlenebilecek şüpheli veya sanık için aleyhe kanıt oluşturacak sonucuna ulaşılsa bile, 135. madde kapsamında değil Cumhuriyet Savcısının 160. ve 161. maddelerde yer alan genel soruşturma ve kanıt toplama yetkisi çerçevesinde değerlendirmek isabetli olacaktır. İtirazı inceleyen merciin verdiği ret kararı da sonuç itibarıyla doğru olduğundan hukuka uygundur”. Yrg. 4. CD.'nin 29.11.2006 T., 2006/4669 E. ve 2006/17007K. sayılı ilamı (Yayınlanmamış Yargıtay kararı). Yargıtay'ın benzer bir kararı da şu

CMK'nun 135/6 hükmünde yapılan değişik ile katalog suçlar bakımından uygulanabilecek tedbirler arasında iletişimin tespiti tedbirine yer verilmemesinden iletişimin tespiti tedbirinin katalog suçlarla sınırlı olmaksızın uygulanabileceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Ancak düzenlemenin amacı özel hayatın gizliliğini nispeten dana az ihlal eden iletişimin tespiti tedbiri ile mobil telefonun yerinin tespiti tedbirlerine katalog suçlara bağlı kalınmaksızın başvurulmasına imkan tanınması olduğundan, katalog suçlar yönünden de bu tedbirlere evleviyetle başvurulabileceğinin kabulü gerekir. Ayrıca CMK'nun 135/1 hükmünde "bir suç dolayısıyla" hakim kararına dayalı olarak telekomünikasyon yoluyla iletişimin tespitinin yapılabileceğine yer verildiğinden, katalog suçların da bu kapsamda olduklarının kabulü gerekir⁴⁵⁹.

Karşılaştırmalı hukukta iletişimin tespiti tedbirine ilişkin olarak farklı uygulamalar bulunmakla birlikte, Fransa, İngiltere ve Avusturya'da iletişimin tespitine ilişkin bilgiler iletişimin denetlenmesi tedbiri kapsamında kabul edilmemekte ve herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmaksızın bu bilgiler soruşturma ve kovuşturmada kullanılmaktadır⁴⁶⁰. Amerika'da ise; iletişimin tespiti özel hayatın gizliliğinin güvence altına alındığı Anayasanın 4. maddesi kapsamında değerlendirilmemektedir. Amerikan Yüksek Mahkemesi vermiş olduğu kararlarında bir telefon numarası ile hangi numaralarla görüşüldüğünün tespitini iletişimin denetlenmesi tedbiri kapsamında (interception) kabul etmemiştir. Mahkemeye göre; telefon numarasını çeviren kişinin, çevirmiş olduğu numaranın ilgili telekomünikasyon şirketi

şekildedir; "C.Y.Y.'nin 135. ve TİB Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmeliğin 12. maddelerine göre hakim kararı gerektiren iletişimin tespiti tedbiri, şüpheli veya sanık tarafından kullanılan telefonlar hakkında uygulanabilir. Anılan düzenlemelerde yakınının telefonuna yönelik bir tedbirden bahsedilmemektedir. Bu durumda yakınının telefonları açısından iletişimin tespiti uygulamasını Cumhuriyet Savcısının, C.Y.Y.'nin 160 ve 161. maddelerinde öngörülen genel soruşturma yetkisi çerçevesinde değerlendirilerek çözüme kavuşturmak olanaklıdır. Cumhuriyet Savcısı ilgili kurumdan yakınının telefonu ile yapılan görüşmelerin kimle, ne zaman hangi süreyle yapıldığına ilişkin kayıtları içeren iletişimin tespitini isteyebilir. Cumhuriyet Savcısının, telefon yoluyla işlenen suça ilişkin failin kimliğini belirleyerek kanıtları elde etmek için, C.Y.Y.'nda öngörülen yetkisini kullanabileceğini kabulde yarar ve zorunluluk vardır. Aksi taktirde; telefon yoluyla işlenen ve faili bilinmeyen suçların şüphelisine/şüphelilerine ulaşma olanağı kalmayacak ve ceza yargılamasının maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacı gerçekleştirilemeyecektir". (Yrg. 4.CD'nin 28.03.2007 T., 2007/1398E. ve 2007/2879 K. sayılı ilamı)

⁴⁵⁹ Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi, s.219; Sevük, Telekomünikasyon, s.109.

⁴⁶⁰ Fransa'da hakim görüşe göre; haberleşmeye ilişkin bu tür bilgilerden yararlanmak gerçek anlamda telefon dinleme olarak nitelendirilmemektedir Bu nedenle kanunun aradığı koşulların burada aranmayacağı ileri sürülmektedir. Almanya ve İsviçre gibi ülkelerde; düzenli olarak PTT işletmesi tarafından idari amaçlarla tespit edilmiş olan haberleşmeye ilişkin bilgilerle, münhasıran koğuşurma amacıyla elde edilmiş bulgular arasında ayırma gidilmektedir. Fazlaca sınırlayıcı koşula yer verilmeksizin PTT işletmesi tarafından önceden tespit edilmiş olan veriler konusunda ceza kovuşturma organlarına bilgi verilmesi yükümlülüğü öngörülmüş olup, buna karşılık haberleşme içeriğine ilişkin olmayan dış verilerin ileriye yönelik olarak istenmesinin yasanın aradığı daha sıkı şartlara dayalı olarak elde edilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir. Avusturya'da ise; arama ve aranma bilgilerinin toplanarak haberleşmeye müdahale edilmesine, kovuşturma amacıyla ve her zaman olanak tanınmaktadır. Bkz. Erdem, Gizli Soruşturma Tedbirleri, s.100.

tarafından kayıtlara geçirildiğini bilmesi gerekir. Ayrıca ilgili telekomünikasyon şirketinin bu kayıtları üçüncü şahıslara gösterebileceğini tahmin ettiği için kişinin bu konuda özel hayatının gizliliğine yönelik beklentisinin olmaması gerekir⁴⁶¹. Bu nedenle de iletişimin tespitine yönelik işlem Anayasa'nın 4. maddesi kapsamında kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal eden bir durum oluşturmaz⁴⁶².

AİHM kişilerin kimlerle, ne zaman ve ne süreyle görüştüklerine dair bilgilerin kaydedilmesinin iletişimin bütünleyici bir unsuru olduğuna ve sözleşmenin 8. maddesinde yer alan haberleşme hürriyeti ve gizliliği hakkı kapsamında bulunduğu karar vermiştir. Mahkeme kararında bir telefon hizmet vericisinin meşru bir biçimde ve özellikle aboneye doğru ücret tahakkuk ettirmek, hizmete ilişkin şikayetleri veya kötüye kullanmayı önlemek için elde ettiği bilgileri kaydettiği ifade edilmektedir. Mahkemeye göre; niteliği gereği sayaçlama (metering), haklı kılınmadıkça demokratik bir toplumda istenmeyen ve gayrimeşru olan iletilerin izlenmesinden ayrı tutulmalıdır. Mahkeme sayaçlamadan elde edilen verilerin ne şartlarda ve ne amaçlarla kullanılırsa kullanılsın, sözleşmenin 8. maddesi kapsamında bir soruna yol açmayacağını kabul etmemektedir. Sayaçlama kayıtları, çeviren numaralar gibi, telefonla yapılan iletişimin bütünleyici bir unsuru olan bilgiyi içermektedir. Sonuç olarak mahkeme abonenin rızası olmaksızın bu bilgilerin polise verilmesinin sözleşmenin 8. maddesindeki hakka müdahale olduğu sonucuna ulaşmıştır⁴⁶³.

4. Mobil Telefonun Yerinin Tespit Edilmesi ve Koşulları

Her ne kadar iletişimin tespiti ve mobil telefonun yerinin tespiti tedbirlerinin her ikisinde tespit sözcüğü bulursa da mobil telefonun yerinin tespiti ile iletişimin tespiti tedbirleri birbirinden farklı tedbirlerdir. CMK'nun 135/1 hükmünde düzenlenen iletişimin tespiti tedbiri delil elde etmeye yönelik iken; CMK'nun 135/4 hükmünde düzenlenen mobil telefonun yerinin tespiti tedbiri şüpheli veya sanığın yakalanmasına yöneliktir.

⁴⁶¹ US v. New York Telephone Co. 434 U.S. 159 (1977) <http://supreme.justia.com/us/434/159> (E.T.06.02.2009).

⁴⁶² Karar için bkz. Smith v. Maryland (1979) <http://supreme.justia.com/us/434/159> (E.T.06.02.2009); Yüksek mahkeme içtihatları dışında Amerikan Federal Kanununun 3123. maddesi uyarınca; iletişimin denetlenmesi kararına göre koşulları daha hafif de olsa iletişimi tespit eden aletlerin kullanılması hakim kararına bağlıdır. Numara ve yer tespit eden cihazların kullanımına ilişkin hakim kararı alınması için gerekli koşullar iletişimin denetlenmesi kararı alınması için gerekli olan koşullara nazaran daha hafiftir. Bu noktada sıkı şartların aranmadığı bir mahkeme kararı bulunması tedbire başvurulması için yeterlidir. Colbridge, s.30 vd.

⁴⁶³ Malone/Birleşik Karalık, 8691/79, 26.04.1985 T., pg. 83-84. Bkz. Doğru, Osman, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, C.1, İstanbul 2004, s.862, 863.

CMK'nun 135/4 hükmünde özel olarak düzenlenen mobil telefonun yerinin tespiti tedbirini ile sanık veya şüphelinin yada üçüncü kişilerin kullanmakta oldukları mobil telefonun yeri tespit edilerek, şüpheli veya sanığın bulunduğu yerin tespit edilmesi amaçlanmaktadır. Mobil telefonun yeri kural olarak hakim kararına, gecikmede sakınca bulunan hallerde ise Cumhuriyet savcısının yazılı emrine dayalı olarak tespit edilebilir⁴⁶⁴. Kanunkoyucu tedbire karar verme yetkisini kural olarak hakime, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise Cumhuriyet savcısına verdiğinden, tedbire Cumhuriyet savcısının karar verdiği durumlarda, Cumhuriyet savcısının mümkün olan en kısa sürede ve en geç Anayasanın 22. maddesinde öngörülen yirmidört saatlik süre içerisinde kararını hakim onayına sunması gereklidir. Hakimden karar almak için makul sürenin geçtiği durumlarda ise Cumhuriyet savcısının gecikmesinde sakınca bulunan hal kapsamında başvurduğu tedbir hukuka aykırı hale gelecektir. Bu noktada mobil telefonun yerinin tespiti tedbirine özgü bir durum daha ortaya çıkmaktadır. Bu durum ise; tedbire hukuka aykırı olarak başvurulmasının yaptırımının bulunmamasıdır. Gerçekten hukuka aykırı olarak başvuru bu tedbir sonucu şüpheli veya sanık yakalandığında, tedbirin hukuka aykırılığı nedeniyle derhal serbest bırakılması söz konusu olmayacağından tedbirin hukuka aykırılığının yaptırımı bulunmamaktadır.

Mobil telefonun yerinin tespitine ilişkin kararda mobil telefon numarası ve tespit işleminin süresi belirtilir. Tespit işlemi en çok üç ay için yapılabilir ve bu süre bir kez uzatılabilir⁴⁶⁵. Şüpheli veya sanığın kullanmakta olduğu mobil telefonun yeri, ilgili hizmeti veren telekomünikasyon kuruluşu tarafından tespit edilebilmektedir. Mobil telefona gönderilen sinyal doğrultusunda sinyalin geri alındığı baz istasyonu tespit edilebilmekte ve kolluk görevlileri de sinyalin alındığı baz istasyonunun kapsama alanında faaliyetlerini sıklaştırarak şüpheli veya sanığı yakalayabilmektedirler. Yukarıda da belirtildiği üzere tedbirin amacı delil elde etmek olmayıp, şüpheli veya sanığın yakalanmasıdır. Doktrinde “mobil telefonun yerinin tespiti” tedbirinin delil elde etmeye yönelik olan CMK'nun 135/1 hükmünde öngörülen iletişimin denetlenmesi tedbirlerinden amacı bakımından farklı olması ve ayrı bir koruma tedbiri niteliği taşıması nedeniyle ayrı bir maddede düzenlenmesi gerektiği

⁴⁶⁴ Doktrinde; mobil telefonun yerinin tespiti tedbirinde iletişimin içeriğine müdahale söz konusu olmadığı ve rutin bir tedbir olduğu gerekçesiyle, tedbire başvurulması için kural olarak hakim kararı, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise Cumhuriyet savcısının yazılı emrinin aranması eleştirilmektedir. Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi, s.597.

⁴⁶⁵ Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s.422; Özbek, Ceza Muhakemesi, s.422. Mobil telefonun yerinin tespiti tedbirinin ayrı bir iletişimin denetlenmesi tedbirinden çok iletişimin tespiti ile sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirlerinin özel bir uygulama biçimi olduğu ifade eden görüş için bkz. Şahin, Ceza Muhakemesi, s.265.

ifade edilmektedir⁴⁶⁶. Kanımızca da bu tedbire ayrı bir başlık altında ve yakalama tedbirinin düzenlendiği CMK'nun "koruma tedbirleri" başlıklı dördüncü kısmının birinci bölümünde yer verilmesi, tedbirin amacı ve şartları da dikkate alındığında daha olumlu olacaktır.

CMK'nun 135/4 hükmünde 5353 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle; "kullanmakta olduğu" ibaresi madde metninden çıkarılarak, şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için mobil telefonun yerinin kural olarak hakim kararı ile tespit edilebileceği öngörülmüştür⁴⁶⁷. Böylelikle de şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi amacıyla sadece şüpheli veya sanığa ait mobil telefonların değil şüpheli veya sanığın yakalanması bakımından yararlı olabilecek üçüncü kişilerin mobil telefonlarının yerinin tespitine imkan tanınmıştır. Bu noktada atipik olan husus koruma tedbiri niteliğini haiz mobil telefonun yerinin tespiti tedbirinin diğer koruma tedbirlerinden farklı olarak üçüncü kişilere yönelik uygulanabilmesidir. Esasen iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve tespiti tedbirlerinde de zorunlu olarak şüpheli veya sanıkla iletişime giren kişilerin de iletişimi denetlenmektedir. Ancak bu tedbir kararlarının üçüncü kişi hakkında verilmesi mümkün değildir. Kısaca mobil telefonun yerinin tespiti tedbirine bir suç işleme, suça iştirak veya yataklık etme şüphesi altında bulunmayan kişilere yönelik olarak başvurulması mevcut düzenleme karşısında mümkündür. 5353 sayılı yasanın gerekçesinde de madde metninde yapılan değişikliğe ilişkin olarak; CMK'nun 135. maddesinin dördüncü fıkrasındaki "kullanmakta olduğu" ve "kullanılan" kelimelerinin madde metninden çıkarılarak, şüpheli ve sanığa ulaşılabilmesini sağlayabilecek olan diğer kişilerin mobil telefonlarının yerinin tespiti imkanı getirildiği ifade edilmiştir⁴⁶⁸. Bunun dışında üçüncü kişiye ait olup, fiilen şüpheli veya sanık tarafından kullanılmakta olan mobil telefonlar bakımından mobil telefonun yerinin tespiti tedbirine başvurulabileceği hususunda tereddüt bulunmamaktadır.

CMK'nun 135. maddesinin katalog suçların sıralandığı 6. fıkrasında, 5353 sayılı yasanın 17. maddesi ile yapılan değişiklik öncesinde; "bu madde hükümleri ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir." hükmüne yer verilmekte iken; değişiklik sonrasında, "hükümleri" kelimesinin yerine, "dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin

⁴⁶⁶ Özbek, Ceza Muhakemesi, s.564; Sevük, Telekomünikasyon, s.112;

⁴⁶⁷ 25.05.2005 T. ve 5353 sayılı yasanın 17. maddesi ile CMK'nun 135/4 hükmünde değişiklik yapılmadan önce; şüpheli veya sanığın "kullanmakta olduğu" ibaresine yer verildiği için sadece şüpheli veya sanığın kullanmakta olduğu mobil telefonun yerinin tespiti mümkündü.

⁴⁶⁸ Bkz. Noyan, Ceza Muhakemesi, s.302.; Doktrinde bir görüşe göre; yapılan değişiklik yerinde ve isabetlidir. Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi, s. 177, dn.46. Diğer görüşe göre ise; bir suç işlemek, suça iştirak ve yataklık etme şüphesi altında bulunmayan kişilerin mobil telefonlarının yerinin tespitine karar verilmesi ve bu doğrultuda uygulama yapılması hukuka aykırılık oluşturur. Kaymaz, İletişimin Denetlenmesi, s.130.

derlendirilmesine ilişkin hükümler” ifadesi kullanılmıştır. Böylelikle katalog suçlar bakımından uygulanabilecek tedbirler iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirleri ile sınırlı tutulmuştur. İletişimin tespiti ve mobil telefonun yerinin tespiti tedbirlerine ise her suç için başvurulabilmesi mümkün hale gelmiştir⁴⁶⁹.

Mobil telefonun yerinin tespiti tedbiri CMK’nun 135/4 hükmü uyarınca şüpheli veya sanığa yönelik olarak uygulanabileceğinden, mevcut düzenleme karşısında hükümlüler hakkında bu tedbire başvurulması olanaklı değildir. Kanımızca şüpheli veya sanık dışında hükümlü hakkında da mobil telefonun yerinin tespiti tedbirine başvurulabilmesine imkan tanınmalıdır. Zira; hakkında beraat kararı verilmesi ihtimali bulunan şüpheli veya sanık hakkında bu tedbire başvurulabildiği düşünüldüğünde, hakkında mahkumiyet kararı verilmiş hükümlünün cezasının infazı amacıyla yakalanması için mobil telefonun yerinin tespiti tedbirine başvurulmasına imkan tanınmaması önemli bir eksiklikler. Bu nedenle mevcut düzenleme hükümlünün yakalanması amacıyla mobil telefonun yerinin tespiti tedbirine başvurulmasına olanak sağlanacak şekilde değiştirilmelidir⁴⁷⁰.

CMK’nun 135/4 hükmünde tedbirin amacına, karar vermeye yetkili makamlara ve tedbirin süresine yer verildiği halde; tedbire başvurulabilmesi için gerekli koşullara yer verilmemiştir. Diğer yandan CMK’nun 135/1 hükmünde de mobil telefonun yerinin tespiti tedbirine yer verilmediğinden tedbirin koşullarına ilişkin belirsizlik ortaya çıkmıştır. Kanımızca mobil telefonun yerinin tespiti tedbirinin amacı şüpheli veya sanığın yakalanması olduğuna göre tedbire başvurulması için yakalama tedbirine başvurulması, dolayısıyla yakalama emri düzenlenmesi için varlığı gereken şartların bulunması aranmalıdır. Hakim veya mahkeme kararına dayalı olarak başvuru ve müzekkereli yakalama tedbiri olarak da adlandırılan yakalama tedbirine başvurulması için CMK’nun 98. maddesinde yer alan koşulların varlığı saptandığı takdirde, mobil telefonun yerinin tespiti tedbirine de başvurulmalıdır⁴⁷¹. Bu noktada CMK’nun 135. maddesindeki delil elde etmeye yönelik

⁴⁶⁹ Özbek/Doğan, s.567; Sevük, Telekomünikasyon, s.112; Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi, s.172; Mobil telefonun yerinin tespiti tedbiri bakımından, tedbirin uygulanabileceği suçun CMK’nun 135/6 hükmünde yer alan katalog suçlardan birine ilişkin olması zorunluluğunun aranmasının yerinde olmadığı hakkında bkz. Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi, s.597.

⁴⁷⁰ Aynı yönde; Taşkın, İletişimin Denetlenmesi, s.82.

⁴⁷¹ Müzekkereye dayalı olarak başvuru yakalama tedbiri için bkz. Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s.342; Yıldız, Ali Kemal, Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma, SÜHFD XIV, Konya 2006, s.203-207

tedbirler bakımından öngörülen sıkı koşulların aranması anlamlı değildir⁴⁷². Mobil telefonun yerinin tespiti tedbirinin amacı şüpheli veya sanığın yakalanması olduğundan, öncelikle şüpheli veya sanığın aranan ve soruşturma makamlarından kaçan kişilerden olması, davetiye tebliğine rağmen soruşturma veya koğuşturma makamlarının huzuruna gelmemesi veya adına çağrı yapılamayan kişilerden olması gereklidir. Bu nedenle davet edildiğinde soruşturma veya koğuşturma makamlarının huzuruna gelen veya davet edilmediği için gelip gelmeyeceği belli olmayan şüpheli veya sanık hakkında mobil telefonun yerinin tespiti tedbirine başvurulması tedbirin amacına aykırılık oluşturur. Bu itibarla mobil telefonun yerinin tespiti tedbirine başvurulması için şüpheli veya sanık hakkında yakalama emri düzenlenmiş olması yada yakalama emri düzenlenmesi için aranan koşulların tamamının gerçekleşmiş olması gereklidir⁴⁷³.

B. İLETİŞİMİN DENETLENMESİ KARARININ İCRASI

1. Genel Olarak

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanmasında hakim, Cumhuriyet savcısı, adli kolluk ve Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı yer almaktadır. İletişimin denetlenmesi tedbirine kural olarak hakim karar vermekte, daha sonraki aşamalarda da kararın uygulanmasına devam edilip edilmeyeceğine ve koşulların ortadan kalkması nedeniyle tedbire son verilmesine yine hakim karar verebilmektedir. Aynı şekilde Cumhuriyet savcısı da tedbirin uygulanmasında etkili rol oynamaktadır. Zira; yapılan işlem esasen soruşturma işlemi olması nedeniyle Cumhuriyet savcısının yetki ve sorumluluğu altında yürütülmektedir. Diğer yandan kararın icrasında adli kolluk görevlileri de etkin rol oynamaktadır⁴⁷⁴. Nihayet tedbirin uygulamasında tüm işlemler Telekomünikasyon İletişim

⁴⁷² Doktrinde; yakalanan kişinin gözüaltına alınması için aranan şartların yakalama tedbiri için gereken şartlardan daha hafif düzenlenmiş olduğunu kabul etmenin doğru olmadığı, bu nedenle CMK'nun 91. maddesinde gözüaltına alma tedbiri için sözü edilen suç işlendiğine ilişkin emarelerin varlığından, tutuklama şartlarını düzenleyen CMK'nun 100. maddesindeki kuvvetli suç şüphesinin anlaşılması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Toroslu/Feyizoğlu, Ceza Muhakemesi, s.237. Kişi özgürlüğünü kısıtlayan yakalama tedbirine ilişkin olarak kanunumuzda herhangi bir şüphe derecesine yer verilmediği, ancak kişinin özgürlüğünün kısıtlandığı bu tedbire başvurulması için kuvvetli şüphenin bulunması gerektiğini ifade eden görüş için bkz. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi, s.802; Şahin, İlyas, Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözüaltına Alma, Ankara 2003, s.138.

⁴⁷³ Aynı yönde; Kaymaz, İletişimin Denetlenmesi, s.132.

⁴⁷⁴ Soyaslan, Ceza Muhakemesi, s.272; 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunun Uygulanmasına İlişkin mülga 26.01.2001 tarih ve 24299 sayılı yönetmeliğin “dinleme görevlisi” başlıklı 12. maddesinde; “İletişimin dinlenmesi ve tespiti ile ilişkili işlemlerin icrası için yeterli sayıda kolluk mensubu görevlendirilir. Bu görevliler, işlerin Kanun ve Yönetmelik hükümlerine göre icrası ve özellikle gizliliğin

Başkanlığı üzerinden yürütülmekte ve işlemin hukuka ve kanuna uygun icrasından bu birim sorumlu olmaktadır.

İletişimin denetlenmesi tedbiri Telekomünikasyon Kurumu⁴⁷⁵ bünyesinde oluşturulan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı aracılığıyla yürütülmektedir⁴⁷⁶. İletişimin denetlenmesine ilişkin karar, Cumhuriyet savcısı veya görevlendireceği adli kolluk görevlileri tarafından Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına iletilir. Dolayısıyla verilen kararlar telekomünikasyon hizmeti veren kurum yada kuruluşlara gönderilmemektedir. Telekomünikasyon hizmeti veren kurum ve kuruluşlarla ilişkiler Başkanlık çalışanları aracılığıyla teknik uzman gözetiminde yerine getirilmektedir. Bu aşamadan sonra ise iletişimin denetlenmesi işlemini ilgili kolluk görevlileri icra etmektedir⁴⁷⁷. Şöyle ki; kararın Cumhuriyet savcısı tarafından görevlendirilen kolluk birimine gönderilmesinden sonra, ilgili kolluk birimi bu tedbire ilişkin karar ve işlemi yapmak üzere görevlendirilen kolluk personelinin aidiyet numarasını⁴⁷⁸ Başkanlığa bildirmekte ve işlemler bildirilen aidiyet

sağlanması bakımından tam sorumlu tutulurlar. Tutanaklarda bu görevliler, kendilerine verilmiş aidiyet numaraları ile belirtilirler. Görevlilerden birisi, görevlerin icrasında amir olarak belirlenir.

İşlemlerin yapıldığı yerlerin gizliliği, düzeni ve güvenliği kolluğun merkez birimlerinde çıkartılacak gizli talimatla düzenlenir.” düzenlemesi getirilmiştir.

⁴⁷⁵ Telekomünikasyon kurumunun oluşumu, görev ve yetkileri için bkz. Aslan, Metin, Telekomünikasyon Kurumu, Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004, s.93-96.

⁴⁷⁶ 5397 sayılı yasanın 1. maddesine göre; “ ... 5271 sayılı Kanunun 135 inci maddesi kapsamında yapılacak dinlemeler, Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde, Kurum başkanına doğrudan bağlı Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı adıyla kurulan tek bir merkezden yürütülür. Oluşturulan bu Başkanlık bir başkan ile teknik, hukuk ve idari olmak üzere üç uzmandan oluşur. Bu Başkanlıkta Millî İstihbarat Teşkilatı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığının ilgili birimlerinden birer temsilci bulundurulur. Verilen görevleri yerine getirmek üzere yeteri kadar da personel istihdam edilir. Telekomünikasyon İletişim Başkanı, Telekomünikasyon Kurumu Başkanının teklifi üzerine Başbakan tarafından atanır. Telekomünikasyon İletişim Başkanı, Kurul üyelerinin sahip olduğu özlük haklarına sahiptir. Ulaştırma Bakanlığı bu merkezle ilgili alt yapıyı hazırlamakla yükümlüdür. Bu merkezin kuruluş giderleri Telekomünikasyon Kurumu gelirlerinden karşılanır. Bu merkezin kuruluşu ile ilgili her türlü mal ve hizmet alımları ile yapım işleri, ceza ve ihalelerden yasaklama işleri hariç 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hükümlerinden muaftır”. Diğer yandan 10.11.2005 tarih ve 25989 sayılı yönetmeliğin 04/07/2007 tarih ve 26572 sayılı resmi gazetede yayınlanan yönetmeliğin 10. maddesi ile değişik 14. maddesinde de; “ ... verilecek kararlar, Cumhuriyet savcısı veya görevlendireceği adli kolluk görevlileri tarafından Başkanlığa iletilir. Kararlar işletmecilere gönderilmez. Söz konusu kararlar ilgili kurum görevlileri ve Başkanlık tarafından yerine getirilir.” hükmü getirilmiştir. Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının kuruluş ve görevleri için bkz. Meran, İletişimin Denetlenmesi, s.30-36.

⁴⁷⁷ Şahin, Ceza Muhakemesi, s.270. 10.11.2005 tarihli yönetmeliğin 28. maddesinde; yönetmeliğin 14. maddesinin yürürlük tarihi 23.01.2006 tarihi olarak belirlenmiş, ancak 24.02.2006 tarih ve 26090 sayılı Resmi gazetede yayımlanan telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 1. maddesi ile eklenen yönetmeliğin geçici 2. maddesinde; personel ve işlemler yönünden noksanlıkların giderilerek Başkanlığın faaliyete geçtiği ve durumun Başkanlık tarafından ilgili kuruma bildirildiği tarihe ve en son 23.07.2006 tarihine kadar yönetmeliğin uygulanmayacağı öngörülmüştür. Bu nedenle 23.07.2006 tarihinden itibaren iletişimin denetlenmesi kararları Telekomünikasyon İletişim Başkanlığınca yerine getirilmektedir.

⁴⁷⁸ 14.01.2007 tarih ve 26434 sayılı yönetmeliğin tanımlar başlıklı 4. maddesinde aidiyet numarası; “... işlemleri yapmak üzere görevlendirilen adli kolluk personeline, kimliğinin belirlenmesini sağlamak amacıyla

numaralı personel tarafından yerine getirilmektedir. Kolluk personeline doğrudan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığından hat isteme yetkisi verilmediğinden bu yetki ancak hakim veya Cumhuriyet savcısı tarafından verilen karar ve görevlendirmeye istinaden kullanılabilir⁴⁷⁹. Cumhuriyet savcısı tarafından görevlendirilen kolluk biriminin işlemleri yerine getirebilmesi için de yeteri kadar personel görevlendirilecektir. Diğer yandan; CMK'nun 137/2 hükmünde; tutulan kayıtların, Cumhuriyet savcılığınca görevlendirilen kişiler tarafından yazılı metin haline getirileceği öngörülmektedir. Kayıtların yazılı metne dönüştürülmesinde ve tutanağa aktarılmasında ekleme ve çıkarma yapılmamalı, sonradan bu tür tahrifat iddialarının ileri sürülmesini önlemek için, kayıtlar tutanağa geçirildikten sonra muhafaza edilmelidir⁴⁸⁰.

CMK'nun 137/2 hükmünde yer alan “Cumhuriyet Savcılığınca görevlendirilen kişiler” ibaresinden doktrinde değişik sonuçlar çıkarılmaktadır. Doktrinde bir görüşe göre; kanunkoyucu bu düzenlemeyi getirerek kolluğun görevlendirilmesinden kaçınmaktadır. Burada tedbir çerçevesinde tutulan kayıtların kolluk personeli dışındaki kişiler tarafından metin haline getirilmesi istenmiştir. Böylelikle de tarafsızlığın sağlanması amaçlanmıştır⁴⁸¹. Diğer bir görüşe göre ise; düzenlemede zaman ve koşullara göre bu işi en iyi ve en kısa sürede yapacak kişilerin görevlendirilmesi amaçlandığından Cumhuriyet savcısı tarafından her zaman kolluk görevlilerinin görevlendirilmesi mümkündür⁴⁸². Kanımızca tutulan kayıtların Cumhuriyet savcılığınca görevlendirilecek kişiler tarafından çözülerek metin haline getirilmesinde görevlendirilecek kişinin tedbiri uygulayan kolluk biriminden seçilmesinde bir sakınca bulunmamaktadır. CMK'nun 137. maddesinin lafzından, gerekçesinden ve Adalet Komisyonu raporlarından da bu aşamada kolluk personelinin görevlendirilmesinin yasaklanmasının amaçlandığı gibi bir sonuca gidilemeyeceği anlaşılmaktadır⁴⁸³. Bu aşamada kaydın tahrif edilmesi riskini en aza indirmek için Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı bünyesinde görevlendirilecek bilirkişiler marifetiyle kaydın çözülerek metin haline getirilmesi sağlanabilir. Böylelikle; hem teşkilat yapısı bakımından objektif ve ayrı bir birimde, hem de soruşturmada geçerli olan gizlilik ilkesi ihlal edilmeksizin işlem yapılmış olur. Diğer yandan yabancı dildeki kayıtlar Cumhuriyet savcısının görevlendireceği tercüman tarafından

sicil numaralarından farklı olarak kurumlarınca verilen numarayı ifade eder” şeklinde tanımlanmıştır.

⁴⁷⁹ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi, s.713.

⁴⁸⁰ Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi, s.599.

⁴⁸¹ Özbek, Ceza Muhakemesi, s.430.

⁴⁸² Taşkın, İletişimin Denetlenmesi, s.137.

⁴⁸³ Bkz. Şahin, Gazi Şerhi, s.384.

Türkçe'ye tercüme edilerek metin haline getirilmelidir⁴⁸⁴. Kayıtların metin haline getirilmesi aşamasında Cumhuriyet savcısınca görevlendirilecek kişi bilirkişi kabul edilmeli, hakkında CMK'nun 63 ve devamı hükümleri uygulanmalı, bilirkişi hak ve yükümlülüklerine tabi tutulmalıdır.

İletişimin denetlenmesi tedbirinin düzenlendiği CMK'nun 137. maddesinde telekomünikasyon hizmeti veren işletmecilerle ilişkinin doğrudan doğruya Cumhuriyet savcısı veya görevlendireceği adli kolluk görevlisi tarafından yerine getirileceği öngörülmüşken; 5397 sayılı yasayla PVSK'nun ek 7. maddesine eklenen hükümle iletişimin denetlenmesi tedbirinin tek merkezden, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı bünyesinde ve Başkanlık üzerinden yerine getirilmesi öngörülmüştür. Böylelikle sonraki tarihli özel kanunla CMK'nun 137. maddesi kısmen değiştirilmiştir. Bu nedenle tedbirin uygulanması aşamasında şüpheli hakkında koğuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından verilen karara ilişkin olarak hakim onayının alınamaması yada tedbire ilişkin hakim kararının icrası sırasında tedbire başvurulması için yasada öngörülen şartların ortadan kalkması nedeniyle tedbire son verildiğinde, tedbirin Cumhuriyet savcısının yazılı kararıyla kaldırılması ve durumun derhal Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına bildirilmesi gerekir.

Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından yürütülmeyen iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbiri sonucu kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular delil olarak kabul edilemez. Tedbire başvurulması için gerekli diğer tüm koşullar gerçekleşse de telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlemesi tedbirinin Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından uygulanmadığı hallerde, elde edilen delillerin kullanılmaması, bu yolla elde edilen delillerin ise dosyadan çıkarılması gerekir.

2. Gizlilik

CMK'nun 135. maddesinin 5. fıkrasında; “bu madde hükümlerine göre alınan kararlar ve yapılan işlemler, tedbir süresince gizli tutulur.” hükmüne yer verilmiştir. Bu nedenle telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbiri kapsamında; iletişimin dinlenmesi,

⁴⁸⁴ Soyaslan, Ceza Muhakemesi, s.272; Sevik, Telekomünikasyon, s.114.

kayda alınması, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve mobil telefonun yerinin tespiti tedbirlerine yer verildiğinden bu tedbirlerin tümü gizli uygulanacaktır. Gizlilik süresinin tedbirin uygulandığı süre ile sınırlı tutulmasına ilişkin düzenleme, gizliliğin tedbirden daha sonraki aşamalarda da bulunması gerektiği vurgulanarak eleştirilmiştir⁴⁸⁵. Kural olarak kanunun başka türlü hükümler koyduğu haller saklı olmak ve savunma hakkına zarar vermemek koşuluyla, soruşturma evresindeki usul işlemleri gizlidir(CMK m.157). Soruşturma gizliliğinin alenen ihlali ise TCK'nun 285. maddesinde suç olarak tanımlanmıştır. Aynı şekilde Basın Yasası'nda⁴⁸⁶ da soruşturmanın başlamasından, kovuşturamama kararı verilmesine veya kamu davası açılmasına kadar geçen süre içerisinde Cumhuriyet savcısı, hakim veya mahkeme işlemlerinin ve soruşturma ile ilgili diğer belgelerin içeriğini yayınlama suçuna yer verilmiştir(Basın K. m.19/1)⁴⁸⁷. Soruşturma aşamasındaki işlemler gizli yapılmazsa, suçu işleyen kişi gerekli tedbirlere başvurarak kamu davasının açılmasını olanaksız kılabilir. Diğer yandan gizlilik ilkesi ile özel hayatın gizliliği ve masumiyet karinesi de güvence altına alınmış olduğundan verilerin basına yansımaması, aleniyet kazanmaması önem taşımaktadır⁴⁸⁸. Bu nedenle tedbirin icrasından sonraki aşmada da soruşturmanın gizliliği devam edeceğinden kanunkoyucunun mevcut düzenleme ile gizliliğe ilişkin özel bir düzenleme getirdiğinin kabulü gerekir. Gizlilik ilkesi gereğince telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanmasında Cumhuriyet savcısınca görevlendirilen kolluk görevlileri dışında diğer kolluk amirlerinin ve müdürlerinin dahi tedbire ilişkin olarak bilgilendirilmemesi gerekir⁴⁸⁹.

⁴⁸⁵ Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi, s.217.

⁴⁸⁶ Bkz. 09.06.2004 gün ve 5187 sayılı Basın Kanunu, 26.06.2004 T ve 25504.

⁴⁸⁷ Gizlilik iki biçimde anlaşılmalıdır. Birincisi; işlemlerde ilgililerden başka kimsenin hazır bulunmaması, ikincisi ise; yapılmış olan araştırma sonuçlarının kamuya açık olmamasıdır. Soruşturma evresinde gizlilik kural olmakla birlikte, yapılan işleme ve kişilere göre gizliliğin yoğunluğu değişmektedir. Bkz. Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s.97.

⁴⁸⁸ AİHM 17.07.2003 tarihli Bettino Craxi 2 İtalya kararında; yasal olarak uygulanan bir iletişimin denetlenmesi tedbiri sonunda elde edilen bilgilerin tutanağa bağlanarak dosyaya aktarılması ve daha sonra da bu metinlerin gazetelerde yayınlanmasında devletin gereken önlemleri almadığı için sorumlu olduğunu belirterek yapılan işlemi Sözleşmenin 8. maddesinin ihlali olarak yorumlamıştır. AİHM Craxi V. İtalya kararında da; özel hayat alanına giren konuşmaların sözleşmenin 8. maddesini ihlal edecek şekilde kamuya açıldığını tespit etmiş, özel hayatın gizliliği kapsamında bilgiler içeren çözümlemelerin devletin kaydı altına girdikten sonra muhafazasında devletin yeterli güvenliği sağlamamış olmasını sözleşmenin 8. maddenin ihlali olarak değerlendirmiştir. Mahkeme bilgilerin basına sızmasını engellemek için etkili bir soruşturma yapılmadığını, kusur yada kabahati bulunan personel hakkında yaptırım uygulanmadığını belirtmiştir. Mahkeme bu nedenle İtalyan makamlarının özel hayata ilişkin bilgilerin basına sızmasının engellenmesi konusunda üzerine düşen yükümlülükleri uymadığını kabul etmiştir. Bkz. Şahbaz, İbrahim, Karşılaştırmalı Hukukta ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hukuka Aykırı Deliller, ABD, S.I, Ankara 2006, s. 116.

⁴⁸⁹ Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi, s.179.

14.01.2007 tarih ve 26434 sayılı yönetmelikte de gizlilik ilkesine işlerlik kazandırılması amaçlı somut düzenlemelere yer verilmiştir. Yönetmeliğin 5. maddesinde; “Bu maddedeki tüm işlemler sırasında gizliliğe uyulur” hükmüne yer verilmiştir. Yine aynı yönetmeliğin 9. maddesinde; “iletişimin dinlenmesi, iletişimin kayda alınması suretiyle yapılır ve gizlilik kurallarına tam olarak uyularak gerçekleştirilir.” hükmü yer almaktadır. Ülkemizde gerçekleştirilen iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen verilerin basına yansımaması için gerekli tedbirlerin alınması, bilgilerin basına sızması durumunda kusuru bulunan görevliler hakkında işlem yapılarak AİHS kapsamında ülkemizin uluslararası hukuktan doğan sorumluluğunun önüne geçilmesi için etkin önlemler alınmalıdır.

3. İşlemlerin Tutanağa Bağlanması ve Elde Edilen Delilin Niteliği

CMK’nun 137/1 maddesinde iletişimin denetlenmesi tedbiri ile ilgili tutanaklarda işlemin başladığı tarih ve saat, işlemin bittiği tarih ve saat ile işlemi yapanın imzasının bulunması öngörülmüştür. Bu hükmün soruşturma işlemlerinin hepsinin tutanağa bağlanmasını düzenleyen CMK’nun 169/2 hükmüne paralel bir düzenleme olduğu görülmektedir. İletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen verilerin yazılı belgeler haline getirilmesi son derece önem taşımaktadır. Bu aktarma sırasında bazı bilgilerin atlanması, bazılarının yanlış aktarılması gibi durumlar büyük hukuki hatalara yol açabilecektir. Bunun önlenmesi amacıyla da kural olarak özel hayata ilişkin olan bilgilerin dahi ayrılmaksızın yazılması ilkesi benimsenmiştir⁴⁹⁰. Diğer yandan konuşmanın bütünlüğünün bozulmaması için kayıtların tutanağa aktarılması sırasında hiçbir ekleme ve çıkarma yapılmamalı, bu tür iddiaların ileri sürülmesini engellemek için de kayıtlar tutanağa geçirildikten sonraki aşamada muhafaza edilmelidir⁴⁹¹. Mukayeseli hukukta, kayıtların tutanağa aktarılması aşamasında ekleme ve çıkarma yapılması veya konuşmanın anlaşılmayan yerlerinin atlanması bakımından ortaya çıkabilecek anlam sapmalarının önüne geçilebilmesi için tedbirin ön denetimini yapmaya yetkili bağımsız bir hakimlik kurumuna yer verilmesi gerektiğinden söz edilmektedir. Bazı ülkelerde de elde edilen verileri inceleme yetkisi verilen ve fakat hakkında tedbir uygulanan kişiye

⁴⁹⁰ Taşkın, İletişimin Denetlenmesi, s.135. CMK’nun 135/2 hükmünde de şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinme hakkı sahipleriyle kurduğu iletişimin kural olarak kayda alınamayacağı, alınmışsa da bu durumun anlaşılması halinde derhal yok edileceği düzenlenmiştir. Yani bu durumda kayıtların bazı bölümlerinin yok edilmesi gerekmektedir.

⁴⁹¹ İletişimin denetlenmesi tedbiri sonucunda elde edilen verilerden özel hayat alanına ilişkin kayıtların derhal çıkarılması hiçbir şekilde ve hiçbir amaçla saklanamayıp kullanılmaması gerektiği hakkında bkz. Şen, Telefon Dinleme, s.81.

karşı susma yükümlülüğü bulunan, ilgilinin haklarını gözetmekle yükümlü bir müdafilik meydana getirilmiştir⁴⁹².

İletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu tutulan kayıtların CMK'nun 137/2 hükmü uyarınca Cumhuriyet savcılığınca görevlendirilen kişiler tarafından yazılı metin haline getirileceğini yukarıda belirttik. Bu şekilde yazılı metin haline getirilen kayıtlar delil olarak değerlendirilecektir. Doktrinde delillerin değişik şekillerde sınıflandırıldığı görülmektedir. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu'na göre deliller; beyan, belge ve belirti şeklinde üçe ayrılır⁴⁹³. Öztürk/Erdem/Özbek'e göre; sanık açıklamaları ve ikrar, tanık açıklamaları, sanık ve tanıktan başka kişilerin açıklamaları, yazılı açıklamalar, görüntü ve ses kaydeden araçlarla açıklama, belirtiler şeklinde sınıflandırılabilir⁴⁹⁴. Centel/Zafer delilleri; beyan delilleri, belge delilleri ve belirti delilleri başlığı altında sınıflandırmaktadır⁴⁹⁵. Erem; itiraf, şahadet, bilirkişilik, keşif ve maddi deliller şeklinde sınıflandırılma yapmaktadır⁴⁹⁶. Tosun; yasal deliller, vicdani deliller ve bilimsel deliller şeklinde ayırma gitmektedir⁴⁹⁷. Soyaslan'a göre ise deliller; tanık ve sanık beyanları, iz, belirti, belge ve dökümanlar, ses kayıtları, suçta kullanılan vasıtalar, bilirkişi raporları ve suç yeri keşif tutanaklarından oluşmaktadır⁴⁹⁸. Doktrinde yer alan ayrımlardan hangisi ele alınırsa alınsın delil serbestisinin geçerli olduğu, maddi gerçeğe ulaşmayı amaçlayan ceza muhakemesinde her şeyin delil teşkil etmesi mümkündür. Hakim bir şeyin delil olup olamayacağını vicdanına bağlı olarak serbestçe takdir eder⁴⁹⁹. Bununla birlikte yasayla delillerin ileri sürülmesi, toplanması ve değerlendirilmesi konusunda sınırlama yapılarak da bir bakıma delil serbestisine sınırlama getirilmektedir⁵⁰⁰.

CD, film şeridi, plak, kaset gibi ses ve görüntü taşıyan araçların gerçekten bir belge delili mi, yoksa keşfe konu teşkil eden yapay bir belirti mi olduğu hususu doktrinde tartışmalıdır⁵⁰¹. CMK'nun 214 ve 215. maddelerinde yazı ve resmi belgelerin okunmasından söz edilmekte, gerekli görüldüğünde ise belge, diğer yazılar veya raporlarda imzası

⁴⁹² Erdem, İletişimin Denetlenmesi, s.103; Taşkın, İletişimin Denetlenmesi, s. 136.

⁴⁹³ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi, no.43.1

⁴⁹⁴ Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi, s.348 vd.; Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan/Özbek, Veli Özer, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2004, s.603 vd.

⁴⁹⁵ Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s.214 vd.

⁴⁹⁶ Erem, Ceza Yargılaması Hukuku, s.361 vd.

⁴⁹⁷ Tosun, Türk Suç Muhakemesi, s.361 vd.

⁴⁹⁸ Soyaslan, Ceza Muhakemesi, s.425.

⁴⁹⁹ Soyaslan, Ceza Muhakemesi, s.400.

⁵⁰⁰ Şahin, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesinde İspat, Ankara 2001, s.19 vd.; Özbek, Ceza Muhakemesi, s.603.

⁵⁰¹ Bkz. Öztürk, Ses ve/veya Görüntü Kaydeden Araçlar, s.219 vd.; Şahin, İspat, s.224.; Şahin, Sanığın Sorgulanması, s.160, 161.

bulunanların açıklamada bulunmak üzere duruşmaya çağırılacakları öngörülmektedir. Doktrinde iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen verilerin Cumhuriyet savcısınca görevlendirilen kişi tarafından metin haline getirilmesinden sonra ortada bir belge delili söz konusu olduğu ileri sürülmektedir⁵⁰². Kanımızca okuma dışında görülmek ve dinlenmek suretiyle içeriği öğrenilen bant kayıtlarının belge delili değil keşif faaliyetinin konusu olan belirti delili olarak kabulü gerekir⁵⁰³. Bu bağlamda CMK'nun 214. maddesi uyarınca metin haline getirilen yazıların okunması; gerektiğinde de CMK'nun 137/2 hükmü kapsamında kayıtların metin haline getirilmesinde görevlendirilen kişinin tanık olarak dinlenmesi gereklidir.

Kanımızca hukuka uygun olarak başvuru ile iletişimin denetlenmesi tedbiri sırasında şüpheliden elde edilen suç ikrarına dayalı, yani mahkeme dışı ikrardan yola çıkılarak sanık hakkında mahkumiyet hükmü verilmesi mümkün değildir⁵⁰⁴. Haberleşme hürriyetine sürekli müdahale edilmemesi ve olay dışı deliller yerine olaydan sadır olan delillere yer verilmesi için iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucunda ulaşılan kayıtların yan, destekleyici, yardımcı deliller olarak görülmesi ve değerlendirilmesi gerekir. Tedbire sırf şüpheli veya sanıktan mahkeme dışı ikrar elde etmek için değil, suç teşkil eden kanıtlara ulaşabilmek için ve istisnai olarak başvurulmalıdır. Bu nedenle iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucunda elde edilen

⁵⁰² Kunter/Yenisey, Ceza Muhakemesi, no.43.12, s.355.; Yenisey, Feridun, Ceza Muhakemesi Hukukunda (Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş) Delil, CHD, Y.2, S.4, Ankara, Ağustos 2007, s.27.

⁵⁰³ Aynı yönde; Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s.259; Yenisey/Altunç, s.1309; Yıldız, Ali Kemal, Ses ve Görüntü Kayıtlarının İspat Fonksiyonu, CHD, S.2, Ankara 2006, s.258. Yurtcan'a göre de; bant kayıtları ancak keşfin konusu olabilmelidir. Bunların belge delili olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Belgeler yargıca doğrudan doğruya içerikleriyle ispat konusu olgu hakkında kanaat verebilen delillerdir. Bant kayıtlarında bu nitelik söz konusu değildir. Kişisel hakkın ihlal edilmediği durumlarda bant kayıtlarından keşif yoluyla ispat konusunda faydalanmak mümkün olacaktır. Yurtcan, Ceza Yargılaması, s.307, 308. Özbek'e göre ise; usulüne uygun olarak yapıp muhafaza altına alınan kayıtların delil kategorisinde kabulü gerekir. Ancak usulüne uygun olarak kaydedilen ve korunan kayıtlar tek başlarına mahkumiyet hükmüne esas teşkil etmeye yeterli olmadıklarından bu deliller belirtiye yaklaşmaktadır. Özbek, Veli Özer, Elektronik Ortamda Saklı Bulunan Verilerin Ceza Muhakemesi Delil Niteliği ve Değerlendirilmesi, İÜHFİM, C.59, S.1-2, İstanbul 2001, s.181 vd.

⁵⁰⁴ Yargıtay bir kararında; "hiçbir yan delille desteklenip doğrulanmayan, baskıya dayalı olduğu bildirilerek sonradan geri alınan suçu kabulden başka, her türlü kuşkudan uzak kesin ve inandırıcı kanıt bulunmadığı halde, yüklenen suçu işlediği kabul edilerek yazılı şekilde sanığın mahkumiyetine karar verilmesi yasaya aykırıdır" gerekçesiyle mahkeme önünde yapılan ikrarın dahi tek başına yeterli olmadığı, fiilin gerçekleştiğinin yan delillerle desteklendiğinde kesinlik kazanabileceği sonucuna ulaşmıştır. Bkz. Yrg. CGK'nun 11.03.1993 T., 1991/1-28 E. ve 1991/68 K. sayılı kararı (YKD. Yıl 1992, S.2, s.256); Yargıtay'ın konuya ilişkin diğer bir kararında ise; "Sanıkların kimlikleri tespit edilemeyip muhtemel Irak vatandaşı olarak sözü edilen "x" ve "Dotto" lakaplı şahıslarla aralarında yasanın amaçladığı biçimde topluluk oluşturacak boyutta ortaklık ve birlikteliklerin bulunduğu, içeriği açıkça silah ticaretine ilişkin olmayan, maddi bulgularla desteklenemeyen ve bu nedenle delil niteliğinde bulunmayan telefon görüşmelerine dayalı iletişim kayıtları dışında yeterli kanıt bulunmadığı ..." gerekçesi ile yan delillerle desteklenmeyen iletişim içeriklerinin tek başına mahkumiyet hükmüne esas teşkil etmeyeceği sonucuna ulaşmıştır. Yrg. 8. CD'nin 15.09.2008 T., 2008/12115E. ve 2008/9513 K. sayılı ilamı (yayınlamamış Yargıtay kararı).

verilerin tek başına mahkumiyet hükmü kurmaya yeterli olmayacağının, bu delillerin mutlak anlamda somut ve yan delillerle desteklenmesi gerektiğinin kabulü gerekir.

4. İletişimin Denetlenmesi Tedbirinin Uygulanmasına Son Verilmesi

Adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin sona ermesine ilişkin olarak CMK'nun 137/3 c.1 hükmünde iki durumdan söz edilmektedir. Bunlar; kararın uygulanması sırasında şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi ve CMK'nun 135. maddesine göre hakim onayının alınamaması halleridir. Bu durumlarda tedbirin uygulanmasına Cumhuriyet savcısı tarafından derhal son verileceği düzenlenmiştir.

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi kararının uygulanması sırasında Cumhuriyet savcısı tarafından yürütülen soruşturma kapsamında; fail ve fiil belli, suç şüphesi de yeterli ise, ayrıca dava şartları da gerçekleşmişse kural olarak Cumhuriyet savcısı kamu davası açmak zorundadır⁵⁰⁵. Soruşturma evresinin sonunda kamu davasının açılması için yeterli delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hallerinde ise Cumhuriyet savcısı tarafından kovuşturmaya yer olmadığına karar verilir(CMK m.172/1)⁵⁰⁶. CMK'nun 173. maddesine göre; Cumhuriyet savcısının kovuşturmaya yer olmadığına dair verdiği karara karşı suçtan zarar gören, kararın kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren onbeş gün içinde karar veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı Ağır Ceza Mahkemesine en yakın Ağır Ceza Mahkemesi Başkanına itiraz edebilir⁵⁰⁷. Doktrinde; kovuşturmaya yer olmadığına dair karar kesinleşmeden iletişimin denetlenmesi tedbirine son verilmesinin yerinde olmadığı, kararın kesinleşmesine kadar tedbirin devam etmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁵⁰⁸.

⁵⁰⁵ Özbek, Ceza Muhakemesi, s.431.

⁵⁰⁶ İddianame düzenlenmesi için suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturan delillerden söz edilmesine karşılık; kovuşturama kararı konusunda kamu davası açılması için yeterli şüphe oluşturacak delillerden söz edilmemesi yerinde olmamıştır. Kovuşturama kararının da suç işlendiği konusunda yeterli şüphe oluşturan delillere ulaşılamaması koşuluna bağlanması, yasada kavram birliği ve tekdüzeliği sağlamak açısından daha olumlu olacaktır. Zira; delillerin suçun işlendiği konusunda yeterli şüphe oluşturup oluşturmadığı, zorunlu olarak suçluluk konusunda bir tahminde bulunmayı gerektirir. Diğer yandan kovuşturama kararı kovuşturma olanağının bulunmaması nedeniyle de verilebilmektedir. Muhakeme koşullarının gerçekleşmemiş olması veya gerçekleşme olanağının bulunmaması da buna örnek olarak gösterilebilir. Bkz. Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s.451, 452.

⁵⁰⁷ Yeni sistemde kovuşturama kararının kesin hüküm niteliği aldığı hakkında bkz. Yenisey, Feridun, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma Semineri, I. Oturum, Uzlaşma, CMK 1, İstanbul Barosu Cep Kitapları, Seminer Notları, s. 10-11.

⁵⁰⁸ Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi, s.221.

Gecikmesinde sakınca bulunan hal kapsamında CMK'nun 135/1 hükmüne dayalı olarak Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir ve kayda alınabilir. Cumhuriyet savcısı kararını derhal hakim onayına sunar. Hakim ise kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Bu yirmidört saatlik sürenin dolması veya hakim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır ve uygulanmasına son verilir(CMK. m.135/1 c.son).

Görüldüğü gibi gerek kovuşturmayaya yer olmadığına karar verildiğinde, gerekse hakim onayının alınamaması durumunda tedbirin uygulanmasına son verilmesine Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilmektedir. Hakim tarafından verilen kararın savcı tarafından sonuçlandırılması bir an için tereddüte yol açsa da, kararın sona erdirmeye ilişkin olduğu gözden uzak tutulmamalıdır⁵⁰⁹. Kanaatimizce böyle bir durumda Cumhuriyet savcısı tarafından tedbirin kaldırılması kararı verilmesine gerek olmaksızın, tedbire kendiliğinden son verileceğinin öngörülmesi daha yerinde olurdu⁵¹⁰.

CMK'nun 137/3 c.1 hükmünde tedbire son verme bakımından iki sona erme sebebine yer verilmesinin yanında CMK'nun 135/1 c.3 hükmünde de sürenin dolması veya Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararın hakim tarafından sonradan onaylanmaması da tedbire son verilme nedeni olarak düzenlenmiştir. Kanımızca tedbire son verilmesi sebepleri arasında tedbirin uygulanmasına ilişkin koşullardan birisinin sonradan ortadan kalkmasına da bir sona erme nedeni olarak yer verilmesi daha isabetli olurdu. Örneğin; şüpheli veya sanığın suçu işlediği veya iştirak ettiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin ortadan kalkması⁵¹¹ veya iletişimin denetlenmesi sırasında soruşturma konusu suçun CMK'nun 135. maddesinde sayılan katalog suçlar arasında yer almadığının anlaşılması hallerinde de tedbire derhal son verilmelidir⁵¹². Diğer yandan; ifade alma, arama, elkoyma ve benzeri klasik koruma tedbirleriyle delil elde edilmesi mümkün hale geldiğinde veya failin bulunduğu yer başka yollarla öğrenildiğinde yada iletişimin denetlenmesi yoluyla delil

⁵⁰⁹ Özbek, Ceza Muhakemesi, s.431.

⁵¹⁰ Aynı yönde bkz. Erdem, Telekomünikasyon, s.10; Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi, s.599.

⁵¹¹ Örneğin 4422 sayılı ÇASÖMK'nun 2/7 hükmünde; şüphenin ortadan kalkması bir sona erme nedeni olarak öngörülmektedir.

⁵¹² Şahin, Gazi Şerhi, s.385; Yurtcan'a göre; iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulduğunda elde edilen verilere ve delillere göre CMK m.135/6 hükmünde yer alan suçlardan birinin mevcut olmadığı anlaşıldığında iki işlem yapılması gerekir. Öncelikle bu kayıtların CMK'nun 138. maddesinde öngörülen çerçevede yok edilmesi gerekir. İkinci olarak da bu delillerin CMK'nun 135/6 hükmü kapsamında yer almayan bir suçun yargılamasında kullanılmaması gerekir. Çünkü ortada hukuka aykırı yollarla elde edilmiş bir delil söz konusudur. Türk hukukunun Anayasal bir ilke (Ay.m36) durumuna getirdiği bu sonuç, bu delilin yargılamada kullanılmasına ve hükme esas alınmasına engeldir. Bkz. Yurtcan, Ceza Yargılaması, s.374.

elde edilmesi imkanı kalmadığında da tedbire derhal son verilmelidir⁵¹³. Bu nedenle tedbire başvurulması için gereken şartlar kovuşturmayaya yer olmadığına ilişkin kararın verilmesinden önce de ortadan kalkabildiğinden tedbirin uygulanmasına ilişkin koşullardan birisinin sonradan ortadan kalkması sebebine yasada ayrı bir sona erme sebebi olarak yer verilmesi daha isabetli olacaktır⁵¹⁴.

C. İLETİŞİM İÇERİKLERİNİN YOK EDİLMESİ VE BİLDİRİM

1. Genel Olarak

Adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine delil elde etmek için başvurulduğundan; iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen verilerin korunması gereklidir. Ancak muhakemede kullanılamayacak olan bilgilerin de yok edilmesi gerekmektedir. Yukarıda da açıklandığı üzere iletişimin denetlenmesi kararının uygulanması sırasında şüpheli hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilmesi yada CMK'nun 135. maddesinin birinci fıkrasına göre hakim onayının alınmaması halinde, bunun uygulanmasına Cumhuriyet savcısı tarafından derhal son verilir. Bu durumda yapılan tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtlar Cumhuriyet savcısının denetimi altında en geç on gün içinde yok edilerek, durum bir tutanakla tespit edilir(CMK m.137/3). İletişim içeriklerinin yok edilmesini düzenleyen CMK'nun 137/3 hükmünde dikkati çeken husus hüküm içeriğinde sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin bir düzenlemenin yer almamasıdır. Bunun sebebi ise; sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirinin, iletişimin denetlenmesi tedbirinin bir türü olarak CMK'nun 135. maddesine 5353 sayılı yasayla sonradan eklenmesidir. Ancak fıkranın başında “135. maddeye göre verilen karar”dan söz edildiği için, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbiri sonucu elde edilen verilerin de bu kapsama girdiği kabul edilmektedir⁵¹⁵. Diğer yandan tedbirin uygulanmasının “kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilmesi” veya “hakim onayının alınmaması” koşuluna bağlı olduğu ve tedbire son verilmesini gerektiren hallerin sınırlı olarak sayıldığı dikkate alındığında, sayılanlar dışındaki durumlarda örneğin sanık hakkında açılan kamu davası sonucunda beraat kararı verilmesi durumunda yok etme yükümlülüğünün söz konusu olabileceği sonucuna varılabilir⁵¹⁶. Doktrinde bir görüşe göre; sanık hakkında beraat kararı verilmesi yanında tedbire gerek kalmayan her durumda yok etme yükümlülüğünün söz konusu olması gerektiği ayrıca tedbire başvurulmasına gerek kalmayan her durumda yok etme yükümlülüğünün

⁵¹³ Şen, İletişimin Denetlenmesi., s.114.

⁵¹⁴ Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi, s.600.

⁵¹⁵ Şahin, Ceza Muhakemesi, s.273.

⁵¹⁶ Beraat kararı verilmesi halinde iletişim içeriklerinin yok edilmesine ilişkin hükme yer verilmesi gerektiği yönündeki eleştiri için bkz. Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s.423.

söz konusu olacağı yönünde bir düzenlemeye mevzuatımızda yer verilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁵¹⁷. Diğer bir görüşe göre ise; iletişimin denetlenmesi tedbiri yoluyla elde edilen delillere dayalı olarak kamu davası açılıp, sanık hakkında beraat kararı verildiği takdirde temyiz incelemesinin yapılacağı aşamada bu delillerin dosyada bulunması gerekmektedir. Beraat kararı hakkında daha sonra yazılı emir veya yargılamanın yenilenmesi gibi kanun yollarına veya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurulabileceğinden tüm bu hallerde dosyanın yeniden incelenmesinin gerekebileceği ifade edilmekte, beraat kararı verilmesi sonucu elde edilen verilerin yok edilmesine ilişkin bir düzenleme getirilmemesinin bir yanlışlık değil, son derece isabetli bir düzenleme olduğu ileri sürülmektedir⁵¹⁸. Kanımızca da beraat kararı verilen hallerde iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen verilerin sanığın beraat ettiği suça ilişkin ceza zamanaşımı süresinin sonuna kadar dosyada muhafaza edilmesi gereklidir. Bu noktada beraat karar verilmesi hallerinde CMK'nun 137. maddesinin genişletici yorumu tabi tutularak, on günlük süre sonunda verilerin yok edilmesinin kabulü, geri dönüşü olmayan mahsurları içeriğinde taşımaktadır. Zira; karara karşı temyiz, yazılı emir yada CMK'nun 314. maddesi kapsamında yargılamanın yenilenmesi yoluna gidiliğinde iletişim denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen verilerinin dosya içeriğinde bulunması ve denetlenebilmesi gereklidir.

Karşılaştırmalı hukukta AİHM'nin Kruslin ve Huwing kararlarının da etkisiyle tedbirin uygulanmasına gerek kalmadığı takdirde, elde edilen verilerin yok edilmesi yükümlülüğüne yer verildiği görülmektedir. Örneğin Alman hukukunda ceza koğuşturması için artık gerekli değilse, tedbire başvurulması sonucu elde edilen bilgilerin savcılığın gözetiminde imha edilmesi yükümlülüğü öngörülmekte ve imha işleminin tutanağa bağlanması gerekmektedir. Öte yandan Almanya'da yok etme yükümlülüğünün ne zaman yerine getirileceği konusunda somut olarak bir süre öngörülmemekte, bu yükümlülüğün gecikmeksizin yerine getirileceğinden söz edilmektedir. Yok etmeye ilişkin aranan koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği konusundaki kararı soruşturma aşamasında savcılık vermekte; kolluk da onun gözetim ve denetimi altında bu verileri yok etme yoluna gitmektedir⁵¹⁹. Diğer yandan Fransa'da adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu

⁵¹⁷ Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi, s.600; Erdem, Telekomünikasyon, s.11.

⁵¹⁸ Taşkın, İletişimin Denetlenmesi, s.143.

⁵¹⁹ Yenisey, Feridun, Çıkar Amaçlı Örgüt Suçlarındaki Araştırmalar, Hukuk Kurultayı 2000, C.2, Ankara, s. 121; Erdem, Telekomünikasyon, s.10.; Alman CMUK'nda yasanın 100a maddesinin aradığı şartlar ortadan kalktığında, dinleme tedbirine derhal son verileceği(m.100b/4), dinleme sonucu elde edilen verilerin ceza kovuşturması için önem taşımadıkları takdirde ise bunların savcı gözetiminde imha edilerek bu hususun bir tutanakla tespiti öngörülmektedir(m.100b/5). Bu yola gidilebilmesi için, iletişimin dinlenmesi sonucu elde edilen verilerin delil olma nitelik ve değerine sahip olup olmadıklarının öncelikle savcılıkça yapılacak bir değerlendirmede ortaya çıkarılması ve bundan sonra imha işleminin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bkz. Yurtcan, Ceza Yargılaması, s.378.

elde edilen ve zamanaşımına uğrayan davalara ilişkin kayıtlar savcılık denetiminde imha edilmek zorundadır. Ayrıca imha işlemi tutanakla saptanmaktadır⁵²⁰.

Fransız hukukunda iletişimin denetlenmesi sırasında elde edilen bilgilerin, kamu davasının zamanaşımı süresinin bitiminde yok edileceği düzenlenmiş iken; CMK’nda iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen verilerin yok edilmesine ilişkin olarak oldukça kısa bir süre öngörülmüştür. Buna göre; yok etme işlemi CMK hükümlerine göre Cumhuriyet savcısının denetiminde, tedbirin uygulanmasına son verme tarihinden itibaren on gün içinde gerçekleştirilecek ve yok etme işlemi bir tutanakla tespit edilecektir.

CMK’nun 137/3 hükmünde gecikmede sakınca bulunan hal kapsamında savcının verdiği iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin kararın derhal hakim onayına sunulup da hakim onayının alınamaması durumuna ilişkin olarak; tedbirin uygulamasına derhal son verilmesi yanında tespit ve dinlemeye ilişkin olarak bu ana kadar gerçekleştirilen kayıtların da savcının denetiminde on gün içinde yok edilerek durumun bir tutanakla tespit edilmesi öngörülmektedir. Ancak getirilen düzenleme, içeriğinde bir kısım sakıncaları taşımaktadır. Zira; kararın onanması isteminin reddine ilişkin hakim kararına karşı olağan kanun yollarından CMK’nun 267 ve devamı hükümlerinde öngörülen itiraz yoluna başvurulabilir. Bu durumda kararına itiraz edilen hakim CMK’nun 268/2 hükmü uyarınca itirazı yerinde görürse kararını düzeltir, yerinde görmediğinde ise en çok üç gün içinde itirazı incelemeye yetkili mercie gönderir. İtiraz mercii ise; CMK’nun 271. maddesi kapsamında en kısa sürede karar verir. İtiraz mercii’nin kararı itiraz konusu savcılık kararının onanmasına ilişkin olabilir ve verilen karar kesindir. Bu nedenle; savcılık kararının onanması isteminin reddi kararına karşı yedi günlük itiraz süresinin son gününde itiraz yoluna gidildiğinde, kararı veren hakim’in de üç günlük itirazı inceleme süresi sonunda soruşturma dosyasını itirazı incelemeye yetkili mercie gönderebileceği düşünüldüğünde, dosya itirazı incelemeye yetkili mercie intikal ettiği aşamada CMK’nun 137/3 hükmünde öngörülen on günlük süre dolduğundan kayıtlar imha edilmiş olacaktır. Kayıtların imhası ise geri dönüşü olmayan sakıncaları içeriğinde taşımaktadır. Bu nedenle itiraz kanun yolunun işlevini yitirmemesi için CMK’nun 137/3 hükmünde yer alan yok etme işleminin onama isteminin reddine ilişkin hakim kararı kesinleştiğinden itibaren 10 günlük süre içerisinde gerçekleştirilmesi ve yasada bu yönde değişikliğe gidilmesi gereklidir.

Kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilmesi halinde verilerin yok edilmesine ilişkin durumda ise; Cumhuriyet savcısı tarafından tedbirin uygulanması sırasında kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilmesi halinde, yapılan tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların on günlük süre

⁵²⁰ Taşkın, İletişimin Denetlenmesi, s.141.

içerisinde yok edilerek durumun bir tutanakla tespit edilmesi öngörülmektedir⁵²¹. Doktrinde kovuşturmayaya yer olmadığına ilişkin kararın verilmesi nedeniyle belgelerin yok edilmesinin, kovuşturmayaya kararının kesinleşmesinden sonra gerçekleştirilmesi gerektiği belirtilmektedir⁵²². Bilindiği gibi Cumhuriyet savcılığınca verilen kovuşturmayaya yer olmadığına dair karara karşı suçtan zarar gören, kararın kendisine tebliğinden itibaren onbeş gün içinde CMK'nun 173. maddesine dayalı olarak Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı Ağır Ceza Mahkemesine en yakın Ağır Ceza Mahkemesi Başkanına itiraz edebilir. Bu itibarla kovuşturmayaya yer olmadığı kararının verilmesinden itibaren on gün içerisinde iletişim içeriklerinin yok edilmesine ilişkin düzenleme getiren CMK'nun 137/3 hükmünün isabetli bir düzenleme olduğu söylenemez. Zira; kovuşturmayaya yer olmadığına ilişkin karara karşı onbeş günlük itiraz süresi dahi dolmadan iletişim içeriklerinin yok edilmesi karşısında kararın itiraz merciince kaldırıldığı hallerde savcının soruşturmaya yeniden başlamasını gerektirmektedir. Yeniden soruşturmaya başlandığında da iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin olarak elde edilen verilerin incelenmesine ihtiyaç duyulacaktır. Ancak veriler CMK'nun 137/3 hükmü uyarınca yok edildiğinden bu verilerin yetkili Ağır Ceza Mahkemesi Başkanının kovuşturmayaya yer olmadığına dair verilen savcılık kararını kaldırmasından sonraki aşamada değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır. Diğer yandan yasada öngörülen 10 günlük süre iletişim içeriklerinin itiraz merciince değerlendirilmesine de engel oluşturmaktadır. Bu nedenle; düzenlemenin yorum farklılıklarına yol açabileceği de nazara alınarak daha açık hale getirilmesi ve kovuşturmayaya yer olmadığına dair verilen kararın kesinleşmesinden itibaren en geç on gün içerisinde Cumhuriyet savcısının denetiminde yok edileceği şeklinde değiştirilmesi gerekmektedir⁵²³.

2. Elde Edilen Verilerin Yok Edilmesi

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen verilerin amaç dışı kullanılmasını önlemek için, tedbirin uygulanmasından sonra, artık gerek duyulmadığında veya tedbirin hukuka aykırı olarak uygulanması sonucu elde edilmiş olduğu tespit edildiğinde verilerin yok edilmesi gerekir. Bunun sonucu olarak karşılaştırmalı hukukta AİHM'nin

⁵²¹ Kühne CMK'nun 137/3 hükmüne ilişkin olarak; kamu adına kovuşturma yapılmasına yer olmadığına ilişkin olarak verilen karar üzerine elde edilen delillerin yok edilmesinin doktrinde savunulduğunu, ancak hiçbir Avrupa ülkesinde bu yönde bir düzenlemeye gidilmediğini, CMK'nda yer alan düzenlemenin Avrupa için de bir örnek teşkil ettiğini belirtmektedir. Kühne, Hans-Heiner, Türk Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Koruma Tedbirleri, Hukuki Perspektifler Dergisi, S.3, Nisan 2005, s.47.

⁵²² Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s.423; Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi, s.182.

⁵²³ Kovuşturmayaya yer olmadığına dair verilen kararların geri alınabilecek kararlardan olması nedeniyle, verilerin yok edilmesi konusunda savcıya takdir hakkının verilmesini daha uygun olacağına ilişkin görüş için bkz. Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi, s.183; Şen, İletişimin Denetlenmesi, s.118.

Kruslin/Huvig kararının da etkisiyle tedbire artık gerek kalmadığı takdirde elde edilen verilerin yok edilmesi yükümlülüğüne yer verilmektedir⁵²⁴.

14.01.2007 tarih ve 26434 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelikte yok etme ve imha kavramları birlikte kullanılmış iken; CMK ve 10.11.2005 tarih ve 25989 sayılı TİB yönetmeliğinde sadece yok etme kavramı kullanılmıştır. CMK’nun 137/3 hükmünde şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi⁵²⁵ veya Cumhuriyet savcısı tarafından tedbire karar verilip de hakim onayının alınamaması durumlarında tedbirin uygulanmasına derhal son verilmesi yanında, yapılan tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların Cumhuriyet savcısı denetimi altında en geç on gün içinde yok edilerek durumun bir tutanakla tespit edilmesi öngörülmüştür⁵²⁶. Diğer yandan CMK’nun 135/2 hükmünde de şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle iletişiminin kayda alındığının sonradan ortaya çıkması halinde kayıtların yok edileceği düzenlenmiştir. Bu durumda kayıtların kim tarafından imha edileceği CMK’nda düzenlenmemiştir. 14.01.2007 tarih ve 26434 sayılı yönetmeliğin 7. maddesinin 4. fıkrasında ise; “şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınamaz. Kayda alma gerçekleşikten sonra bu durumun anlaşılması halinde, alınan kayıtlar Cumhuriyet savcısının huzurunda derhal imha edilir ve bu husus bir tutanağa bağlanır” hükmüne yer verilmekle, bu durumda yok etme işleminin Cumhuriyet savcısı huzurunda yapılacağı düzenlenmiştir.

Bu itibarla iletişimin denetlenmesi tedbirine son verilmesi durumunda bazı hallerde Cumhuriyet savcısının denetiminde imha işlemi yapılması öngörülmüş iken; bazı hallerde imha işleminin Cumhuriyet savcısı huzurunda yapılması öngörülmüştür⁵²⁷. Verilerin

⁵²⁴ Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi, s.25; Erdem, Telekomünikasyon, s.10.

⁵²⁵ Doktrinde kovuşturmaya yer olmadığı kararı her zaman kaldırılabilir bir karar olduğundan, bu durumda elde edilen iletişim kayıtlarının yok edilmesi hususunda savcıya takdir yetkisi tanınması gerektiği, en azından verilerin ortadan kaldırılması süresinin biraz daha uzun tutulması ve kovuşturmaya yer olmadığına dair verilen kararın itirazla veya itiraz süresinin geçmesi ile kesinleşmesinin beklenmesinin gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Şen, Telefon Dinleme, s.82.

⁵²⁶ 4422 sayılı yasa uygulamasında hakim onayının alınamaması durumunda Cumhuriyet savcısı kararına istinaden hakim kararı verilinceye kadar yapılan denetleme sonuçlarının hukuka uygun delil olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmekteydi. Bkz. Dönmezer, Çetelerle Mücadele, s.553.

⁵²⁷ Alman CMUK’nda yasanın 100a maddesinin aradığı şartlar ortadan kalktığında, dinleme tedbirine derhal son verilmesi öngörülmektedir(m.100b/4). Tedbire son verildiği hakime ve posta idaresine de hemen bildirilmektedir. İletişimin dinlenmesi tedbiri sonucunda elde edilen veriler ceza koğuşturması için önem taşımadığı takdirde ise; bunların savcının gözetiminde imha edilmesi ve bu hususun de bir tutanakla tespiti öngörülmüştür(m.100b/5). Bu yola gidilebilmesi için, dinleme sonucu ulaşılan hususların delil olma nitelik ve değerine sahip olmadıklarının öncelikle savcılıkça yapılan bir değerlendirme sonucu ortaya çıkarılması gereklidir. İmha işlemi ancak bu aşamadan sonra gerçekleştirilebilir. Bkz. Yurtcan, Ceza Yargılaması, 378.

Cumhuriyet savcısı denetiminde imha edilmesi ile huzurunda imha edilmesi arasında önemli fark bulunmaktadır. Zira; tümüyle imha işleminde bir ayıklama, ayırma, seçme, belirleme işlemi söz konusu olmadığından yapılan işlem daha basit bir işlemdir. Buna karşılık bazı kayıtların imhasında, imha edilecek kayıtların ayıklanması, seçilmesi, belirlenmesi gibi bir özellik bulunduğundan bu verilerin imhasının Cumhuriyet savcısının huzurunda yapılması gereklidir⁵²⁸. Bu nedenle iletişimin denetlenmesi tedbirine devam edilmesinin CMK'nun 135/2 hükmü kapsamında bazı verilerin yok edilmesini gerektirdiği durumlarda imha işleminin Cumhuriyet savcısının huzurunda yapılmasına ilişkin düzenleme getirilmesi olumludur. Diğer yandan CMK'nda verilerin yok edilmesine ilişkin olarak getirilen düzenlemelerde tespit ve dinlemeye ilişkin verilere yer verilip, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin verilerin yok edilmesine yer verilmediği görülmektedir. CMK'nun 137/3 hükmünün gerekçesinde ise; “iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması işlemlerine son verilmesi ve iletişim içeriğine ilişkin kayıtların yok edilmesi hususunda hükümlere yer verilmiştir” cümlesine yer verilmiştir⁵²⁹. Kanımızca CMK'nun 137/3 hükmünde yer alan “tespit” kelimesi amaca göre geniş yorumlanarak, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbiri sonucu elde edilen kayıt ve verilerin de imhası yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmesi gerekir⁵³⁰.

Verilerin yok edilmesi işlemi Cumhuriyet savcısının belirleyeceği yöntemle gerçekleştirilir. Bu aşamada veri taşıyıcısı üzerindeki kayıtların silinmesi suretiyle veriler yok edilebileceği gibi; yakma, kırma, kıyma gibi yöntemlere de başvurulabilir. Ayrıca yok edilen verilere ve yok etme işlemine ilişkin olarak da tutanak düzenlenir.

3. İletişimin Denetlenmesi Tedbirinin İlgililere Bildirimi

İletişimin denetlenmesi tedbirinin yerine getirildiği aşamada kişilerin telefon veya diğer iletişim araçlarına fiilen bir müdahale olmadığından kişilerin bu tedbirden haberdar olmaları imkansızdır. Diğer yandan bu tedbire gizli olarak başvurulması, tedbirin bir

⁵²⁸ Taşkın, İletişimin Denetlenmesi, s.146.

⁵²⁹ Noyan, Ceza Muhakemesi, s.304.

⁵³⁰ Aynı yönde; Kaymaz, İletişimin Denetlenmesi, s.359, 360; Şahin'e göre; CMK'nun 137/3 hükmünde sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin kayıtların imha edilmesine yer verilmemesi, bu denetim türünün CMK'nun 135. maddesine sonradan 5353 sayılı yasa ile ilave edilmesinden kaynaklanmaktadır. Şahin, Ceza Muhakemesi, s.273. Doktrinde bir görüşe göre ise; tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi ifadesi dinlemeye ve kaydetmeye ilişkin verileri kapsamaktadır. Ayrıca CMK'nun 137/3 hükmünde tespiti ilişkin verilerin yok edileceği de açıkça düzenlenmiştir. Sadece sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin verilerin yok edilmesi düzenlenmemiş gözükmemektedir. Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin kayıtlar zaten başka amaçlarla servis sağlayıcılar tarafından da tutulmaktadır. Dolayısıyla CMK'nun 137/3 hükmünde yer alan düzenlemede bir eksiklik bulunmamaktadır. Taşkın, İletişimin Denetlenmesi, s.147

gereğidir. Aksi taktirde tedbirden sonuç alınması imkansızlaşır. Bu doğrultuda CMK'nun 135/5 hükmünde; "bu madde hükümlerine göre alınan karar ve işlemler, tedbir süresince gizli tutulur" hükmüne yer verilmiştir.

Telekomünikasyon yoluyla iletişimi denetlenen kişiye hakkında tedbir uygulandığı hususunda bilgi verilmesinin tedbirin gizli niteliği ile bağdaşmadığı düşüncesi yanında; sanığın muhakemenin gidişine aktif olarak etkide bulunma zorunluluğunun ve hukuksal korunma güvencesinin etkili olarak gerçekleşmesinin bir gereği olarak ilgisine tedbirin uygulanmasından sonra olabildiğince erken ve kapsamlı bir şekilde hakkında tedbir uygulandığı konusunda bilgi verilmesinin gerektiği ileri sürülmektedir⁵³¹. Bu yükümlülük işlemlerin kanunlara uygun yürütülmesinin sağlanması bakımından önem taşımaktadır. Diğer yandan tedbir uygulandıktan sonra ilgiliye haber verme yükümlülüğü AİHS'nin 6. maddesi ve Anayasa'nın 36. maddesi ile güvence altına alınan adil yargılanma hakkının bir gerekliliğidir. Aksi durum söz konusu düzenlemelere aykırılık teşkil eder. AİHM İngiltere'ye karşı Malone, Almanya'ya karşı Klass ve diğerleri kararlarında⁵³² ve Fransa'ya karşı Kruslin/Huving kararlarında tedbirle ulaşılabilecek amaç tehlikeye düşmeyecek ise, ilgiliye sonradan haber vermenin önemine işaret etmiştir⁵³³. Ayrıca AİHS'nin 13. maddesinde de herkesin ulusal bir makama etkili bir başvuru yapabilme hakkına sahip olduğu öngörülmüştür. Başvurunun yapılabilmesi ve sözleşme hükmünün anlam kazanabilmesi için de ilgiliye bildirimde bulunulması gereklidir⁵³⁴. Diğer yandan 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu hükümlerine dayalı olarak da bireylerin tedbire maruz kalıp kalmadıkları yönünde bilgi verilmesini her zaman talep edebilmeleri mümkündür⁵³⁵.

Nitekim CMK'nun 137/4 hükmünde tedbir sona erdikten sonra, tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi halinde soruşturma evresinin bitiminden itibaren en geç onbeş

⁵³¹ Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi, s.601.

⁵³² AİHM'nin 06.09.1978 tarih, 5029/71 sayılı Almanya'ya karşı Klass ve diğerleri kararı için bkz. Doğru, İnsan Hakları, C.1, s.246-275.

⁵³³ Erdem, Gizli Soruşturma Tedbirleri, s.154.

⁵³⁴ İsviçre Yüksek Mahkemesi 1993 ve 1994 yıllarında verdiği kararlarda AİHS'nin 13. madde hükmünün uygulanabilmesi için iletişimin denetlenmesi tedbirinin ilgiliye haber verilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Bkz. Sözüer, Özel Haberleşmenin Denetlenmesi, s.105; Amerika Federal Kanununun 18. Bölümünün 2518. maddesinde; tedbirin sona ermesini müteakip makul bir sürede ve en geç doksan gün sonra tedbir hakkında adı yazılı olan ilgililere, hakim tarafından gerekli görülmesi halinde ilgili üçüncü kişilere, tedbirin uygulanmaya başladığı tarih, tedbirin süresi ve süre boyunca dinleme ve/veya kaydetme işlemi yapıp yapılmadığının bildirilmesi öngörülmüştür. United States v. Donovan (429 U.S. 413-1977) davasında ise; devlet görevlilerinin kasıtlı olmaması bu yükümlülüğü ihlal etmelerinin, elde edilen delillerin muhakemede sanık aleyhine kullanılmaması için bir sebep olmayacağı belirtilmiştir. Bkz. Özdoğan, Teknik Dinleme, s.19; Kaymaz, İletişimin Denetlenmesi, s.369.

⁵³⁵ Özbek, Ceza Muhakemesi, s.433.

gün içinde Cumhuriyet Başsavcılığının tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında ilgilisine yazılı olarak bilgi vereceği düzenlenmiştir⁵³⁶. Tespit ve dinlemeye ilişkin olarak getirilen bildirim yükümlülüğüne sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbiri bakımından yer verilmemiştir. Bunun sebebi iletişimin denetlenmesi tedbirinin bir türü olarak sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirinin CMK'nun 135. maddesine 25.05.2005 tarih ve 5353 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle sonradan eklenmesidir⁵³⁷. Bu nedenle muhataba bildirim yükümlülüğünün sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbiri bakımından da söz konusu olduğunun kabulü gerekir⁵³⁸.

CMK'nun 137/4 hükmünde tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında “ilgilisine” bilgi verileceği öngörülmekte, ancak kanunda ifadesi bulunan “ilgilisine” teriminin hakkında tedbir uygulanan şüpheli ve sanık dışında, üçüncü kişileri kapsayıp kapsamadığı açıkça anlaşılamamaktadır Doktrinde bilgi verme yükümlülüğünün sadece şüpheli ve sanıkla sınırlı olmayıp, tedbirin uygulanması sırasında tedbire maruz kalan üçüncü kişiler bakımından da geçerli olduğu ileri sürülmektedir⁵³⁹. Kanımızca CMK'nun 137/4 hükmünde “ilgilere” değil, “ilgilisine” ifadesine yer verildiğinden geri bildirim yükümlülüğünün sadece şüpheli veya sanık için söz konusu olduğu kabul edilmelidir. Diğer yandan şüpheli veya sanıkla iletişim kuran onlarca, hatta yüzlerce kişiye bildirim yapılması, bu kişilerin kimlik bilgilerinin ve adreslerinin belirlenmesi ve tebliğ işlemi yapılması yükümlülüğünü doğurur. Bu ise soruşturmanın ve yargılamanın hızlanmasını engelleyeceği gibi çıkmaza girmesine ve çoğu durumda tedbirin hukuka aykırı hale gelmesine sebebiyet verebilir. Kaldı ki 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu hükümlerine dayalı olarak da bireylerin

⁵³⁶ 4422 sayılı ÇASÖMK'nun yürürlükte olduğu dönemde ilgiliye haber verilmesi olanağını sağlayacak bir yasal düzenlemeye yer verilmesi gerekliliği ileri sürülmekteydi. Bkz. Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sancaktar, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara 2002, s. 294.; Erdem, Gizli Soruşturma Tedbirleri, s.360; Erdem/Özbek, Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi, s.290; Dönmezer; 4422 sayılı yasada ilgiliye haber verilmesine ilişkin düzenlemeye yer verilmemesinin, yerleşik itiyatlar nedeniyle basın yoluyla televizyona, radyoya çıkarılmasının hakimi ve savcayı aşağılayacak etkilere sebep olması nedeniyle olduğunu ifade etmiştir. Dönmezer, Çetelerle Mücadele, s.553.

⁵³⁷ 25.05.2005 tarih ve 5353 sayılı kanunla CMK'nun 137/4 hükmünde yapılan değişiklik öncesinde, imha tarihinden itibaren onbeş gün içerisinde Cumhuriyet savcısı tarafından bildirim yapılacağı hükme bağlanmıştı. Ancak söz konusu değişiklikle soruşturmanın bitiminden itibaren onbeş gün içinde Cumhuriyet savcısı tarafından bildirim yapılacağı öngörülmüştür.

⁵³⁸ Şahin, Ceza Muhakemesi, s.273.

⁵³⁹ Özbek, Ceza Muhakemesi, s.432, 433; Erdem, İletişimin Denetlenmesi, s.106; Erdem/Özbek, Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi, s.290; Kaymaz, İletişimin Denetlenmesi, s.149, 150. Almanya ve Avusturya'da geri bildirimin sadece şüpheli ve sanıkla sınırlı tutulmadığı, gerektiğinde haberleşme hizmeti veren şebeke sahibine de bilgi verilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Alman hukukunda ayrıca iletişim kurulan üçüncü kişilere de bilgi verilmesi gerektiği konusunda öğretide baskın bir görüş bulunmaktadır. Erdem, Gizli Soruşturma Tedbirleri, s.106;

tedbire maruz kalıp kalmadıkları yönünde bilgi verilmesini her zaman talep edebilmeleri mümkündür⁵⁴⁰.

Bilgi verme yükümlülüğüne ilişkin olarak getirilen onbeş günlük süre soruşturma evresinin bitiminden itibaren başlar. Esasen bilgi verme zorunluluğunun tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi haline ilişkin olarak getirildiği dikkate alındığında; tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların delil olarak kullanılacak olduğu hallerde bilgi verme zorunluluğu olmadığı gibi, soruşturma devam ettiği için de soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebileceğinden ilgililere bildirimde bulunulmaması gerekir. Kanunkoyucu da tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların ortadan kaldırılmayıp muhakemede delil olarak kullanılması halinde doğal olarak ilgisine konu hakkında bilgi verilmesi zorunluluğunu öngörmemiştir⁵⁴¹.

Doktrinde ilgiliye bilgi verilmesinin kayıtların yok edilmesinden ve soruşturmanın bitiminden sonra öngörülmesinin yerinde olmadığı, gizliliğin CMK'nun 135/4 maddesinde tedbir süresince bulunması gerektiği düzenlendiğinden tedbir sona erdikten sonra ilgilinin haberdar edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁵⁴². Kanımızca tedbir sona erdikten sonra ilgisine bildirimde bulunulması yükümlülüğü bulunduğunun kabulü yerinde değildir. Şöyle ki; tedbirin sona ermesi halinde ilgisine bildirim yükümlülüğü getirildiğinde soruşturmanın ve tedbirin gizliliği ortadan kalkar ve soruşturmanın amacına ulaşması önemli ölçüde zorlaşır. Örneğin; tedbire başvurulması sonucu başka yolla delil elde edilememesi ve bu doğrultuda tedbirin son çare olma niteliğinin ortadan kalkması, temel hak ve özgürlüklere daha az sınırlama getiren başka bir koruma tedbirine başvurularak failin belirlenmesi veya suç delillerinin elde edilmesi mümkün hale geldiğinden iletişimin denetlenmesi tedbirine son verildiğinde, derhal ilgisine tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında bildirimde bulunulduğunu düşünelim. Bu durumda ilgisine yapılacak bildirim daha sonra başvurulabilecek koruma tedbirlerinin sonuçsuz kalmasına ve soruşturmanın amacına ulaşmasına, daha genel bir ifadeyle ceza muhakemesinin temel ilkelerinden olan maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ilkesinin geçerliliğini yitirmesine sebep olacaktır.

CMK'nun 137/4 hükmünde öngörülen bildirim yükümlülüğü gizli uygulanan iletişimin denetlenmesi tedbirinin hukuka uygunluğunun değerlendirilebilmesini, bireylerin hak arama hürriyetlerinin gereği olarak talepte bulunabilmelerini sağlayan bir yükümlülüktür. Ancak iletişimin denetlenmesi tedbirinin hukuka uygunluğunun denetlenmesine ilişkin olarak

⁵⁴⁰ Aynı yönde; Taşkın, İletişimin Denetlenmesi, s.150; Meran, İletişimin Denetlenmesi, s.146.

⁵⁴¹ Şen, Telefon Dinleme, s.86.

⁵⁴² Yarsuvat, Örgütlü Suçların Koşuşturulması, s.341.

CMK’nda özel bir düzenlemeye yer verilmediği gibi, bildirim sonucu kişilerin tedbirin denetlenmesini sağlamasına imkan veren bir düzenlemeye de yer verilmemiştir. Bu nedenle özel bir düzenleme bulunmadığından genel hükümlere göre idari makamların eylemleri dolayısıyla genel tazminat sorumluluğuna gidilebilir. Kanımızca bu hususun CMK’nun 141. maddesinde yer alan koruma tedbirleri nedeniyle tazminat hükümleri içerisinde düzenlenmesi gereklidir⁵⁴³.

V. İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİ SONUCU YAPILAN TESPİTLERİN CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDAKİ DEĞERİ

A. Elde Edilen Bilgilerin Niteliği

Ceza muhakemesi hukukunda uyuşmazlık konusu olayı temsil eden, olayın mahkeme önünde canlanmasını sağlayan, akla, maddi gerçeğe ve hukuka uygun, her türlü ispat vasıtasına delil denilmektedir⁵⁴⁴. İletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen ses kayıtlarının delil serbestisinin geçerli olduğu ceza muhakemesi hukukunda, hukuk uygun yollarla elde edildiklerinde, bozulma ve sahtelikleri konusunda bir tereddüt bulunmadığı durumlarda ispat aracı olarak kullanılmalarının mümkün olduğu belirtilmektedir⁵⁴⁵. Diğer bir deyişle; ses ve görüntü kayıtlarının güvenilirliğini sağlamaya yönelik bir usul çerçevesinde doldurulup muhafaza edildikleri taktirde ve üzerlerinde tahrifat şüphesi olmadığına ceza muhakemesinde delil niteliği taşıdıkları kabul edilmektedir⁵⁴⁶.

Adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu kanunda öngörülen usule göre kaydedilip muhafaza edilen, hukuka uygun olarak elde edilen ses kayıtlarının hangi tür delil olarak kabul edilebileceğine ilişkin olarak doktrinde değişik görüşler ileri sürülmektedir⁵⁴⁷.

⁵⁴³ Aynı yönde; Yarsuvat, Örgütlü Suçların Koşuşturulması, s.342; Erdem, İletişimin Denetlenmesi, s.12; Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi, s.198; Sevük, Telekomünikasyon, s.116; Doktrinde; idari makamların eylemleri dolayısıyla genel tazminat sorumluluğu yanında, tedbire karar verilmesi veya uygulanması ile ilgili kamu görevlilerinin görevi kötüye kullanma suçu bakımından cezai sorumluluğuna gidilebileceği belirtilmektedir. Bkz. Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi, s.184.

⁵⁴⁴ Tosun, Türk Suç Muhakemesi, s. 582 vd.; Centel, Zafer, Ceza Muhakemesi, s.211.

⁵⁴⁵ Doktrinde bir görüşe göre; soruşturma evresinde henüz delil bulunmamaktadır. Yapılan araştırmalarla, kovuşturma evresinin duruşma evresine delil olabilecek objelere veya kaynaklara ulaşılmaya çalışılır. Bunlar ancak mahkeme önünde olayın canlandırılmasında kullanıldıklarında delil olarak nitelenebilir. Soruşturma evresinde elde edilen belirtiler, belgeler ve ifadelerin “şüphe sebebi” olarak adlandırılması gerekir. Bkz. Kunter/Yenisey, Ceza Muhakemesi (2000), s. 788.

⁵⁴⁶ Öztürk, Ses ve/veya Görüntü Kaydeden Araçlar, s.226; Alman Federal Yüksek Mahkemesi konuya ilişkin olarak verdiği kararlarında teknik cihazlarla yapılan ses ve görüntü kayıtlarının da delil olarak kullanılabileceğini, burada önemli olanın söz konusu kayıtların delil özelliklerini taşıması, karartılmamış olması ve hukuka uygun elde edilmiş olması ve ispat gücü bakımından zayıf görülmemesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Ünver, İspat, s.128.

⁵⁴⁷ Delil çeşitlerine ilişkin ayrım için bkz. II. Bölüm V.B.3.

Öncelikle iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen deliller beyan delili değildir. Zira; elde edilen delilin beyan delili olabilmesi için şüpheli veya sanığın haklarını bilerek açıklamada bulunması, açıklamanın özgür ve iradi olması gerekir⁵⁴⁸. Bu nedenle ses kayıtlarının beyan delili niteliğinde olmadıkları açıktır. Gizlice başvurulmuş iletişimin denetlenmesi tedbirine şüphelinin hakları hatırlatılmadan ve özgür iradesi oluşmadan başvurulduğundan, kayıtlarda sanığın suçu kabul ettiğini içeren beyanın da ikrar niteliğinde olduğu kabul edilemez⁵⁴⁹.

Diğer yandan doktrinde adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen kayıtların belirti delili niteliği taşıdığı ve belirti delili olarak keşfin konusunu oluşturacağı ifade edilmektedir. Belirti kavramı olaydan geriye kalan her türlü iz ve eseri ifade etmektedir. Ayrıca uyuşmazlığın ispatında çoğu zaman⁵⁵⁰ yeterli olmazlar, başka delillerle de desteklenmeleri gerekir⁵⁵¹. Bu görüşe göre; keşif neticesi kayıtların gerçek konuşmaları yansıttığı ve üzerinde tahrifat yapılmadığı tespit edilirse bunlar duruşmada delil olarak ikame edilebilecektir. Ayrıca mahkeme ses ve görüntü kayıtlarını duruşmada dinlemek veya izlemek

⁵⁴⁸ Öztürk, Erdem, Ceza Muhakemesi, s.349.; Yenisey/Altunç, s.1903.

⁵⁴⁹ İkrar suçun ispatı bakımından doğrudan doğruya elverişli bir delil olduğu halde; belirti parmak izi gibi dolaylı bir ispat gücüne sahiptir ve başka delillerle bütünleşmeden tek başına ispat bakımından yeterli olamaz. Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi, s. 182; Yargıtay fenni kayıtlarla çelişen ve hiçbir yan kayıtlarla doğrulanmayan soyut ikrarın mahkumiyet kararına dayanak yapılmaması gerektiği görülmüştür. Yrg. CGK. 02.12.1991 T., 1-301/334, YKD Temmuz 1992, s.1108. Anayasa mahkemesi konuya ilişkin bir kararında benzer yönde bir içtihatla bulunmuştur. Anayasa Mahkemesinin 19.08.1971 gün ve 1971/41-67 sayılı kararına göre; “Ses alma alanındaki ilerleme ve gelişmeler bugün o evrededir ki, bir sesin belirli bir kişiye ilişkin bulunduğu hala parmak izlerinde olduğu gibi, kusursuzca ve kesinlikle saptanamamasına karşılık, birtakım montaj yollarla ve gerekirse ses taklit etmede usta kişilerin yardımından da yararlanılarak bantlar istenildiği gibi doldurulabilmektedir. Başkaca inandırıcı ve pekiştirici kanıtlar bulunmadıkça yalnızca ses bantlarının ve gizli ajan raporlarının bir yurttaşın yapılan Türkiye Cumhuriyeti Anayasasını taşıyıp ve yasa ile kurulmuş TBMM’ni iskata veya görevini yapmaktan men’e cehren teşebbüs gayesiyle gizlice ittifak kurmak gibi çok ağır bir isnadla yasama dokunulmazlığının kaldırılması yönünden ciddilik kazanabilmesi bir hukuk devletinde düşünülemez.” AMKD S.11, Ankara 1974, s.52-96. Yüksek mahkeme yasama dokunulmazlığının kaldırılması ile ilgili isnadın ciddiliğini incelerken isnadın hukuken geçerli delillere dayanıp dayanmadığı ölçütü ile sınırlı kalmamış ve bunu da aşmak suretiyle delilleri değerlendirmiş, ses kayıtlarında taklit ve montaj olabileceği de dahil olmak üzere ses bantlarının isnadın ciddiliğini ortaya koymadığına karar vermiştir. Yüksek mahkeme kararında temelde ses bantlarının delil olabileceğini, fakat bu kayıtlara yeterli güvenin sağlanması gerektiğine işaret etmiştir. Mahkeme kararında ses kayıtlarının isnadın ciddiliğini ortaya koyabilmek bakımından yeterli görmemiş ve hatta ses alma araçlarının kimlerce, ne zaman, nasıl toplantı yerlerine yerleştirildiğinin, nasıl uzun zaman korunup çalıştırılabildiğinin bilinmediği gibi bir takım gerekçelerle bant kayıtlarına duyduğu güvensizliği ortaya koymuştur. Kararın verildiği dönemde hukuka aykırı deliller konusunun Türk hukukunda tartışılmadığı da dikkate alındığında, Anayasa Mahkemesi kararının, hem delillerin hukuka uygun yollardan elde edilmesine yönelik ortaya koyduğu gerekçeler, hem de ses bantlarının delil olma gücü bakımından tespitleri son derece önemlidir. Öztürk, Bahri, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 1994, s.318.

⁵⁵⁰ Görüntü ve ses kayıtlarının asıl uyuşmazlığı doğrudan çözüme özelliğine sahip oldukları hk. bkz. Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s.262.

⁵⁵¹ Konuya ilişkin örnekler için bkz. Feyizoğlu, Metin, Belirtilerin Şüphelinin Yenilmesindeki İşlevi ve Benzer Ait Delil Araçlarının Somut Olayın Çözümünde Birlikte Değerlendirilmesi, ABD. S.2000/1, Ankara 2000, s. 20-44.

suretiyle ortaya konulmasını sağlamalı ve yargılamaya katılan diğer süjelere de tartışma ve değerlendirme imkanı vermelidir⁵⁵².

Diğer bir görüşe göre ise; usulüne uygun olarak doldurulup, yine usulüne uygun olarak muhafaza altına alınmış bant kayıtları delil niteliğinde olup, aslında yazılı açıklama sayılmalı ve belge delili olarak kabul edilmelidir. Yazılı delillerin tabi olduğu kurallar ses ve görüntü kaydeden araçlarla yapılan tespitler bakımından da geçerlidir⁵⁵³. Olayın bire bir, belirli şekillerle bir nesne üzerine aktarılması halinde belge delilinden söz edilmektedir ve belge delili somut olayı bire bir temsil etmektedir. Olayın taşıyıcısı insan olduğunda tanıktan, bir nesne olduğunda ise belgeden söz edilmektedir. Olay yazıya döküldüğünde olayın taşıyıcısı yazılı belge; ses olarak tespit edildiğinde ses bandı, hem şekil hem ses olarak taşındığında ise taşıyıcı dar anlamda bir film şeridi veya CD olacaktır⁵⁵⁴. Kanımızca okuma dışında görülmek ve dinlenmek suretiyle içeriği öğrenilen usulüne uygun olarak doldurulup yine usulüne uygun olarak mahkemeye sunulan bant kayıtlarının belge delili değil, keşif faaliyetinin konusu olan belirti delili olarak kabulü gerekir⁵⁵⁵. Bu bağlamda CMK'nun 214. maddesi uyarınca metin haline getirilen yazıların okunması; gerektiğinde de CMK'nun 137/2 hükmü kapsamında kayıtların metin haline getirilmesinde görevlendirilen kişinin tanık olarak dinlenmesi gereklidir. Zira; iletişimin denetlenmesi tedbirinde olay bire bir nesne üzerine aktarılmakta, elde edilen veriler doğrudan delil niteliğine haiz olmaktadır⁵⁵⁶. CMK'nun 214 ve 215. maddelerinde de yazı ve resmi belgelerin okunmasından söz edilmekte, gerekli görüldüğünde ise belge, diğer yazılar veya raporlarda imzası bulunanların açıklamada bulunmak üzere duruşmaya çağırılacakları öngörülmektedir. Bu itibarla iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen verilerin Cumhuriyet savcısınca görevlendirilen kişi tarafından metin haline getirildiği de dikkate alındığında ortada keşif faaliyetinin konusunu oluşturan belirti

⁵⁵² Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi, s.710; Yenisey/Altunç, s.19; Alacakaptan, Uğur, Delil Yasakları, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir Barosu Yayınları, Ekim 2000, s.530, 531.; Özbek'e göre; yasal koşullara uygun olarak kayıt altına alınmış telefon kayıtlarının delil olarak kullanılabileceği açıktır. Ancak öğretide bu şekilde elde edilen delillerin tek başına mahkumiyet için yeterli olmayacağı da kabul edilmektedir. Bu yönüyle görüntü ve ses kayıtları belirtiye yaklaşmaktadır. Özbek, Ceza Muhakemesi, s.633

⁵⁵³ Öztürk, Görüntü ve/veya Ses Kaydeden Araçlar, s.230; Tosun, Türk Suç Muhakemesi, s. 625 vd.

⁵⁵⁴ Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s.258.

⁵⁵⁵ Aynı yönde; Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s.259; Yenisey/Altunç, s.1319.; Yıldız, Ali Kemal, Ses ve Görüntü Kayıtları, s.258. Yurtcan'a göre de; bant kayıtları ancak keşif konusu olabilmelidir. Bunların belge delili olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Belgeler yargıca doğrudan doğruya içerikleriyle ispat konusu olgu hakkında kanaat verebilen delillerdir. Bant kayıtlarında bu nitelik söz konusu değildir. Kişisel hakkın ihlal edilmediği durumlarda bant kayıtlarından keşif yoluyla ispat konusunda faydalanmak mümkün olacaktır. Yurtcan, Ceza Yargılaması, s.307, 308.

⁵⁵⁶ Kayıtların metin haline getirilme yöntemleri için bkz. Gural, N. Ege/Atasoy, Sevil, Adli Amaçlı Manyetik Bant İncelemesinde Yazdırma Yöntemleri, İBD., C.72, S.1, İstanbul 1998, s.72 vd.; Gural, N. Ege, Manyetik Bant ve Benzeri Kaydedilebilir Gereçlerin Yargı Sisteme İçinde Geçirdiği Aşamalar, İBD, C.73, S.1, İstanbul 1999, s.106 vd.

delili söz konusudur. Bu bağlamda CMK'nun 214. maddesi uyarınca metin haline getirilen yazıların okunması; gerektiğinde de CMK'nun 137/2 hükmü kapsamında kayıtların metin haline getirilmesinde görevlendirilen kişinin tanık olarak dinlenmesi gereklidir.

İletişim içerikleri usulüne uygun doldurulmayıp ve yine usulüne uygun olarak mahkemeye delil olarak sunulmadığı taktirde ise bu kayıtların hiçbir şekilde belirti delili vasfına haiz olmadığı, ancak iz ve emare sayılabileceği kabul edilmelidir. Ayrıca bu tür bant kayıtları yan delillerle desteklense de ceza muhakemesinde delil olarak kullanılamazlar⁵⁵⁷.

B. İletişim İçeriklerinin İspat Kuvveti

İletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen ses kayıtlarının tek başına mahkumiyet hükmüne dayanak oluşturup oluşturmayacağı konusunda doktrinde değişik görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre; ses kayıtlarının kolayca tahrif edilmeye ve taklit edilmeye müsait olması gerekçesi ile belirti delili sayılarak tek başlarına mahkumiyet hükmü verilmesine esas teşkil etmeyeceğinin kabulü isabetsizdir. Bu görüşe göre; her türlü delil tahrif edilebileceğinden, açık suç ikrarı içeren kayıtların hukuka uygun olarak elde edilmesi koşuluyla başka delillerle desteklenmeseler dahi tek başına mahkumiyet hükmüne dayanak oluşturabilmesi gerekir⁵⁵⁸. Başka bir görüşe göre ise; telefon dinlemesi sonucu elde edilen kayıtlar tek başına ispat gücüne sahip olmayıp; belirti delili niteliğindedir. Kayıtlarda yer alan bilgilerin ek araştırmalar yapılarak ayrıca değerlendirilmesi gerekir⁵⁵⁹. Kanımızca CMK'nun 135 ve devamı hükümleri kapsamında usulüne uygun doldurulmuş ve muhafaza altına alınmış olsalar dahi ses ve görüntü kayıtlarındaki tespitler tek başlarına mahkumiyet kararı verilmesine dayanak oluşturmazlar. Bunların başka delillerle de desteklenmeleri gerekir. Yargıtay kararlarında da bant kayıtlarının tek başına delil vasfına haiz olmayacağı düşünülmenden mahkumiyet hükmü kurulamayacağı belirtilmektedir⁵⁶⁰. Diğer yandan

⁵⁵⁷ Öztürk, Görüntü ve/veya Ses Kaydeden Araçlar, s.232.

⁵⁵⁸ Şen, İletişimin Denetlenmesi, s.122.

⁵⁵⁹ Yenisey/Altunç, s.1319.

⁵⁶⁰ Yrg. 9. CD., 05.10.1984 T., 1983/1835 E. ve 1983/2436 K.sayılı kararı; Aynı yönde YCGK. 04.06.1973 T. 1972/7-228-460 sayılı kararı. Bkz. Coşkun, Elektronik Gizli Dinleme, s. 282, 283; Yargıtay yeni tarihli bir kararında; “Sanık (İK)’ın beyanı üzerine hakkında dava açılan sanığın, (İK) hakkındaki iletişim tespit kararına dayanılarak yapılan ve kayda alınan telefon konuşmalarında bulunduğu kabul edilen ve CD’ye kaydedilerek emanete alınan ses kayıtları üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak, (İK) ile konuşan ve iletişim tespit tutanaklarında (x) adı ile kodlaşan kişinin sanık (MEG) olup olmadığı saptanarak sonuca göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması ...” gerektiğini belirtmiştir. Yrg. 10. CD. 19.07.2007T., 2007/8180E. ve 2007/9522K. sayılı kararı (yayınlanmamış Yargıtay Kararı). Yargıtay’ın aynı yöndeki başka bir kararında ise; “Teknik takibe konu telefonun bulunduğu evde bir çok kadının yaşadığının anlaşılması karşısında, iletişim tespit tutanaklarındaki sesin sanık Zeliha’ya ait olup olmadığı tespit edildikten sonra hukuki durumun tayini gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde mahkumiyete karar verilmesi” gerekçesiyle ilk derece mahkeme ilamının bozulmasına karar verilmiştir. Yrg. 10.CD.’nin 30.04.2007

Yargıtay mahkeme önünde yapılan ikrarın dahi tek başına mahkumiyet hükmüne dayanak oluşturmaya yeterli olmadığını, fiilin gerçekleştiğinin yan delillerle desteklenerek doğrulanması gerektiğini, her türlü kuşkudan uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı halde yüklenen suçun işlendiği kabul edilerek; yani sanıktan elde edilen ikrara dayanmak suretiyle, sanığın mahkumiyetine karar verilmesinin hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir⁵⁶¹. Anayasa Mahkemesi de ses kayıtlarının ciddilik kazanabilmesi için başka delillerle desteklenmesi gerektiği üzerinde durmaktadır⁵⁶². Anayasa Mahkemesi bir kararında doğruluğu her zaman kabul edilebilen video bantlarının yasa dışı yollarla elde edilmediği sürece yargıda delil olarak kabul edildiğini, bu bantların yasadışı yollardan sağlanmadığı ve konuşmaların da görüntü ve içerik bakımından bunları yaptığı iddia edilen kişilere ait olduğu dosyadaki diğer belgeler ve bilirkişilerce yapılan çözümlemelerle sabit olduğu takdirde delil olarak kabul edileceğini belirtmiştir⁵⁶³.

Adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmasında tedbirin ikincil niteliği ve suça ilişkin delil elde etme amacının gözönünde bulundurulması, tedbire başvurulduğu sırada bir suç ikrarı elde edildiğinde ise bu ikrarın delil olma gücü gözardı edilmemelidir. Sırf şüpheli veya sanıktan ikrar elde edilmesi amacıyla değil, suç teşkil eden eyleme ilişkin somut kanıtlara ulaşabilmek amacıyla ve istisnai olarak iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmalıdır. İletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu ses kaydına yansıyan suç ikrarının basitliği, soyutluğu, ciddiliği ve inandırıcılığı tartışmalı olan beyanlardan olmaması gerekir. Açık suç ikrarı suça konu fiili tereddütsüz bir şekilde anlatmalı, somut ve inandırıcı bir nitelik taşımalıdır. Mahkemenin delilleri değerlendirirken delillerden sadece birine itibar etmek zorunluluğu bulunmamaktadır. İkrar veya başka bir delil de vicdani kanaatin oluşumunda tek başına hakimi bağlamaz. İsnadı kabule yönelik açıklamalar, özgür iradeye dayalı olarak verilip gerçeğe uygunluğunun saptanması halinde hakim vicdani kanaatinin oluşmasında ve hükme esas alınmasında yer tutarlar. Hakim özgür iradeye dayalı yapılmış olsa bile sanığın

T., 2006/7698E. ve 2007/4983K. sayılı kararı (yayınlanmamış Yargıtay kararı). Yargıtay kararlarında belirtilen şekilde ses teşhisi yapılabilmesi için öncelikle bir veritabanı oluşturulması gerekir. Ses teşhisi için öncelikle kimliği denetlenecek kişi yada kişilerin belirli kelimeleri telaffuz etmeleri istenir ve sesleri kayda alınır. Bu aşamadan sonra soruşturma veya koğuşturma bakımından kime ait olduğu tespit edilmesi gereken sesin denetlenecek kişiye ait olup olmadığının belirlenmesi amacıyla bazı kelimeleri telaffuz etmesi istenir ve söz konusu şahsın kayıtlarda mevcut bulunan kişilerden biri olup olmadığı tespit edilmeye çalışılır. Bkz. Er, Cüneyd, Biyometrik Yöntemler ve Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Ankara 2007, s.65.

⁵⁶¹ Bkz. Yrg. CGK'nun 11.03.1993 T., 1991/1-28 E. ve 1991/68 K. sayılı kararı (YKD. Yıl 1992, S.2, s.256).

⁵⁶² Ay Mah. 19.08.1972 T., 1971/41 E., 1971/67 K sayılı kararı AMKD. S.11, s.82 vd. Anayasa Mahkemesi kararında durumu Anayasa Hukuku açısından ele almayıp, sadece bant kayıtlarının ispat aracı olabilmesi bakımından taşıması gereken özellikleri belirtmiştir.

⁵⁶³ Ay. Mah. 16 Ocak 1988 T., 1997/1 E. ve 1998/1 K sayılı kararı, AMKD, C.2, S..34, Ankara 1999, s.762 vd.

açıklamalarını denetler⁵⁶⁴. Olaya ilişkin açıklamalarda, olayın başkaları tarafından bilinmesi mümkün olmayan ince ayrıntılarının hayatın olağan akışına uygun olarak ortaya konulması, açıklamaların diğer delillerle tutarlı olması, muhakemenin çeşitli aşamalarında ikrardan dönülmemesi, açıklamaların gerçeğe uygun olduğu kanaatini kuvvetlendirir. Bu nedenle ikrarın değeri bu ölçütlere göre ortaya konulup ispat sorunu çözümlenmelidir. Hakimin bu ölçütlere göre ikrarın hükme esas alınması olgusunu denetlemesi ve gerekçelendirmesi gereklidir⁵⁶⁵. Mahkeme önündeki ikrar dahi samimi ve özgür iradenin ürünü olmayabilir. Bir şüpheli veya sanık başkasının suçunu üstlenmek veya başkasını takibattan kurtarmak için ikrarda bulunabilir. Bu nedenle ikrarın bağlayıcı olması hakim önünde yapılması ve başkaca yan delillerle desteklenmesine bağlıdır⁵⁶⁶. İletişimin denetlenmesi tedbiri yoluyla ulaşılan verilerin ve bu kapsamda elde edilen mahkeme dışı ikrarın da bu doğrultuda değerlendirilmesi, yan, destekleyici, yardımcı delil şeklinde görülerek değerlendirilmesi, tek başına mahkumiyet hükmüne dayanak teşkil etmemesi gerekir⁵⁶⁷.

C. İletişimin Denetlenmesi Tedbiri Sonucu Elde Edilen Bilgilerin Kullanılmasının Sınırı

Hukuk sistemimiz hukuka aykırı yollarla elde edilen delillere veya hukuka aykırı deliller vasıtasıyla elde edilen diğer delillere dayanılmak suretiyle yargılama yapılmasını ve karar verilmesini dürüst yargılama ilkesi karşısında kabul etmemektedir⁵⁶⁸. Adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin olarak da soruşturma aşamasında verilen hakim kararı doğrultusunda elde edilen veriler yargılama aşamasında değerlendirilirken, elde edilen verilerin CMK’nda belirtilen koşullara uygun bir karar ve uygulama sonucu elde edilip edilmediği değerlendirilmeli; gerek karar, gerekse uygulama aşamasında koşullara uyulduğu saptandığı taktirde elde edilen veriler delil olarak kullanılmalıdır. Bu itibarla; koğuşturma aşamasında duruşmanın başında iletişimin denetlenmesi hakkındaki kararın CMK’nda öngörülen koşullara uygun olarak verilip verilmediğinin ve tedbirin hukuka uygun olarak

⁵⁶⁴ Yargıtay’a göre; “... ikrar, eylem hakkında en çok bilgisi bulunan beyan olması, soruşturmayı esaslı surette kolaylaştırması, özgür iradeyle verilip gerçeğe uygun olduğunun saptanması halinde yargıcın vicdani kanaatinin oluşumunda olumlu katkısının bulunması itibarıyla önemli bir sübut vasıtasıdır”. Yrg. CGK’nun 29.11.2005 T., 7-144/150 K. sayılı kararı, YKD. XXXII, 3 (Mart 2006) s.471. İkrarın delil olabilmesi için hakim huzurunda yapılması şart olmakla birlikte duruşma sırasındaki bu ikrar dahi tek başına delil değeri taşımayabilir. Yrg. CGK’nun 10.12.1990 T., 1990/6-25 E. ve 335 K., 16.2.1987 T. 6-721 E. ve 50 K. sayılı kararlarında da belirtildiği gibi bir insanın kendisini suçlu kabul etmesi veya bir başkasının suçunu kabullenmesi olanaklıdır. Bu nedenle duruşmadaki ikrarın başkaca yan delillerle desteklenmesi gereklidir.

⁵⁶⁵ Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, 255, 256; Ünver, İspat, s.126.

⁵⁶⁶ Soyaslan, Ceza Muhakemesi, s.400, 401.

⁵⁶⁷ Aynı yönde; Hakeri, İletişimin Dinlenmesi, 27.

⁵⁶⁸ Hafızoglu, Zeki, Hukuka Aykırı Surette Elde Edilen Deliller Meselesi, Yeni Türkiye Yargı Reformu Özel Sayısı, Y.2, S.10, Temmuz-Ağustos, 1996, Ankara 642, 643.

uygulanıp uygulanmadığının yeniden denetlenmesi gerekir⁵⁶⁹. Elde edilen verilerin bu değerlendirme sonucunda hukuka aykırı şekilde elde edildiği anlaşıldığında, bu hukuka aykırılığın sadece ceza muhakemesi ile sınırlı olmayıp, her hukuk yargılamasında geçerlilik taşıyacağının kabulü gerekir⁵⁷⁰. Zira; 1982 Anayasasının 38/6 hükmünde yer alan; “kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.” düzenlemesi de dikkate alındığında, delillerin hukuka aykırılığı tüm muhakeme usullerini etkileyecek ve elde edilen delil hukuka aykırı nitelik taşımaya devam edecektir⁵⁷¹.

Adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen veriler amaca bağlılık ilkesi gereği işlenmiş suçu kanıtlama dışında başka bir amaçla kullanılmayacaktır. Doktrinde bir görüşe göre; iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen veriler soruşturması yapılan ve bu doğrultuda iletişimin denetlenmesi tedbiri uygulanan suç dışında hem katalog suçlar, hem de katalog dışında kalan suçların muhakemesinde ispat vasıtası olarak kullanılabilmelidir. İletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulurken gerekli koşullara uygun hareket edildiğinden tedbire hukuka uygun olarak başvurulup uygulanmasına başlandıktan sonra elde edilen veriler katalog suçlar haricinde yer alan basit ve hafif suçlar için de kullanılabilmelidir⁵⁷². Diğer bir görüşe göre ise; iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen veriler disiplin hukuku da dahil olmak üzere tüm soruşturma ve yargılamalarda kullanılabilir⁵⁷³. Aksi görüş ise; iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen verilerin disiplin soruşturmasında delil olarak kullanılamayacağını, ancak yapılan ceza soruşturması sonucu verilen mahkumiyet kararının disiplin soruşturmasına dayanak oluşturabileceğini ifade

⁵⁶⁹ Yenisey/Altunç, s.1311.

⁵⁷⁰ Şen, Telefon Dinleme, s.97.

⁵⁷¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu hukuka aykırı delillere ilişkin olarak verdiği kararında; “... Hukuka aykırı elde edilen delillerin değerlendirilmesi konusunda Medeni Usul Hukukunda açık bir yasa hükmü olmadığı halde, Ceza Yargılamaları Usulü Yasasında açık düzenleme yapılmıştır. Bu yasanın (CMUK) 254/2. maddesinde ‘koğuşturma makamlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz.’ denilmiştir. Burada sözü geçen hukuka aykırılıklardan birisi de özel hayata yapılan haksız müdahaledir. Ancak özel hayatın gizli alanı dediğimiz ve sadece bireyi ilgilendiren alan hiçbir şekilde müdahale edilemeyecek alandır. Örneğin kişinin cinsel yaşamı böyledir. Hayatın bu gizli alanı ihlal edilerek bir delil elde edilmiş ise; bunu, kim, nasıl ve hangi amaçla elde etmiş olursa olsun söz konusu delil ceza mahkemesinde delil olarak kullanılamaz. Zira hayatın gizli alanı bir delil elde etme yasağı teşkil eder” gerekçesi ile hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin değerlendirmeye alınmaması ve yargılamada kullanılmaması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Yrg.HGK.’nın 25.09.2002 T., 2002/2-617 E. ve 2002/648 K. sayılı Kararı (Yayınlanmamış Yargıtay Kararı).

⁵⁷² Ünver, İspat, s.148; Pekcanitez/Atalay/Özekes’e göre ise; Hukuka aykırı olarak elde edilen delilin değerlendirilmesi konusunda Medeni Usul Hukukunda da geçerli olan dürüstlük kuralı esas alınarak karar verilmeli ve bu konuda somut olaya göre değerlendirme yapılmalıdır. İhlal edilen kanun hükmü ile ispatlanmak istenen menfaat arasında amaca uygunluk hususu esas alınmalıdır. Diğer taraftan gizli şekilde ele geçirilen tüm deliller hukuka aykırı delil olarak nitelendirilmemelidir. Örneğin bir telefon görüşmesinde, telefondaki ses yükseltici veya ikinci bir dinleme aleti sayesinde tarafların söylediklerinin duyulması sonucu yapılan açıklamalar veya bu konudaki tanıklık geçerli olmalıdır. Diğer yandan kişilik hakkının ihlali sonucu elde edilen delilin kullanılmasına hakkı ihlal edilen kişi izin verirse bu delil da mahkemece kullanılabilmelidir. Bkz. Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz /Özekes, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 2. Bası, Ankara 2001 s. 390 vd.

⁵⁷³ Şen, İletişimin Denetlenmesi, s.124.

etmekte; ayrıca elde edilen verilerin hukuk davalarında da davanın haklılığını ispat vasıtası olarak kullanılamayacağını, sadece CMK’nda sayılı katalog suçların aydınlatılmasında kullanılabileceğini ifade etmektedir⁵⁷⁴.

Kanımızca CMK’nun 135. maddesinde yer alan katalog suçlara ilişkin olarak yapılan soruşturma kapsamında iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen verilerin, her türlü suçun soruşturma ve kovuşturmasında ve idari soruşturmalarda kullanılması Anayasanın 21 ve 22. maddeleri ile güvence altına alınan haberleşme hürriyetinin özünü zedeleyecek niteliktedir. Ayrıca bu yolla elde edilen delillerin her suçun soruşturmasında kullanılması Anayasanın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesine ve bu ilkenin uzantısı niteliğindeki orantılılık ilkesine de aykırılık teşkil eder. Bu sakıncaların önlenmesi bakımından iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen verilerin sadece CMK’nun 135. maddesinde yer alan katalog suçların soruşturma ve kovuşturmasında kullanılması gerekir⁵⁷⁵.

İletişimin denetlenmesi tedbirine hakim kararı olmaksızın gecikmesinde sakınca bulunan hal kapsamında Cumhuriyet savcısının kararı ile başvurulduğu hallerde kararın CMK’nun 135/1c.2’de öngörülen yirmidört saat içerisinde hakim onayına sunulmadığı veya hakim tarafından kararın onaylanmadığı durumlarda, bu süreç içerisinde elde edilen delillerin hiçbir şekilde kullanılmaması gerekir. Aksine uygulama önceki açıklamalarımızda da belirttiğimiz üzere hakim onayı alınmasına ilişkin zorunluluğun dolanılması sonucunu doğuracağından ve gecikmede sakınca bulunan hal adı altında hukuka aykırı olarak iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmasına yönelik uygulamaların önünü açabileceğinden bu süreç dahilinde elde edilen verilerin soruşturma ve yargılamada hiçbir şekilde kullanılmaması gerekir⁵⁷⁶. CMK’nun 217/2 hükmünde öngörülen; yüklenen suçun hukuka uygun bir şekilde elde edilen her türlü delille ispat edilebileceğine ilişkin düzenleme de bu noktada değerlendirme yasağının yasal dayanağını oluşturur. Diğer yandan özel kişiler tarafından iletişimin tespiti, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi, telefon görüşmelerinin, kısa mesajların, elektronik posta ve internet ortamında yapılan çevrimiçi görüşmelerin kayda alınması, otomatik olarak kayda alınanların izinsiz elde edilmesi ve bunların delil olarak kullanılması da hukuka uygun değildir. Hatta haberleşmenin gizliliğinin ihlal edilmesi, haberleşme

⁵⁷⁴ Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi, s. 602.

⁵⁷⁵ Aynı yönde; Taşkın, İletişimin Denetlenmesi, s. 171.

⁵⁷⁶ Alman hukukunda da bu bilgilerin delil olarak kullanılabileceği kabul edilmektedir. Bkz. Erdem, Telekomünikasyon, s.7.

içeriklerinin gizlice kayıt altına alınması ve bunların ifşa edilmesi filleri TCK'nun 132. maddesinde suç sayılmıştır⁵⁷⁷.

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 238. maddesine göre; delil, davanın çözüme kavuşturulmasına tesir edecek çekişmeli hususları kanıtlamak için sunulur. Bilinen ve meşhur olan veya ikrar olunan hususlar ise çekişmeli sayılmaz. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 240. maddesinde de 1086 sayılı Kanunun tayin ettiği haller müstesna olmak üzere, hakimın sunulan delilleri serbestçe tayin edeceği düzenlenmiştir. Ancak 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu incelendiğinde delillerin toplanması ve sunulmasında hukuka aykırılık kavramına yer verilmediği ve delillerin hukuka uygun olup olmadıklarına göre bir ayrıma tabi tutulmadıkları görülmektedir. Bu nedenle akla ve mantığa uygun tüm belge ve kayıtların hukuk yargılamasında delil olabileceği ve bu konuda hakim tarafından delilin hukuka uygun olup olmadığı konusunda ayrıca bir araştırma yapılmaması gerektiği düşünülebilir. Ancak bu düşünce hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu gibi, hukuk biliminin gereklerine de ters düşmektedir⁵⁷⁸. Şöyle ki; 1982 Anayasasının 138. maddesinin birinci fıkrasına göre; “Hakimler görevlerinde bağımsızdırlar. Anayasa’ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler”. Bu hükümde ifadesini bulan “hukuka uygunluk” kavramı esasen hukuk yargılamalarında da hukuka aykırı yoldan elde edildiği ve yasal dayanaktan yoksun olduğu açık olan bir delilin kullanımını engelleyecektir⁵⁷⁹. Diğer yandan delil yasaklarına ilişkin düzenleme getiren Anayasanın 38. maddesinde de; “Kanuna aykırı elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez” hükmüne yer verilmeyle, hukuka uygun delillerin kullanımı bakımından hukuk yargılamasını da kapsayacak genel bir

⁵⁷⁷ Yargıtay’a göre de; “Sanık N’nin danışmanlık bürosu kurup, beraber çalıştıkları diğer sanıklarla birlikte; kendilerine müracaat eden kişilerin (sanıkların) bildirdikleri kişileri izlemenin dışında, yasal olmayan yollarla telefonlarını dinlemek ve elde ettikleri dinleme kasetlerini, dinleme yapılmasını isteyen sanıklara vermek biçiminde oluşan eylemleri, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 195. maddesinin ikinci fıkrası dışında, aynı Yasanın 313. maddesinin birinci fıkrasında tanımlanan suçu oluşturur. Çeteye müracaat ederek izletme eylemi ise, Türk Ceza Kanununun 195. maddesinde tanımlanan suça azmettirmektir”. Yrg. 8. C.D’nin 11.12.2000 T., 2000/20551 E. ve 2000/20678 K. sayılı kararı (yayınlanmamış Yargıtay kararı).

⁵⁷⁸ Yargıtay bir kararında “... Davacının hastasına yaptığı muamele hiçbir şekilde tasvip edilemez. Doktor, hastasını taciz etmiştir. Ancak; davalı Nermin de iddia ettiği ilk tacizden sonra gitmesi gereken mercilere gitmemiştir. Emniyetten ve Cumhuriyet Savcılığından adli yardım talep etmemiştir. Gazeteciye gitmiş, gizli kamera ile çekim yapmış ve televizyon kanalında yayınlamıştır. Bu durum, davalılar yönünden kişilik haklarına saldırıdır”. gerekçesi ile gizli kamera kayıtlarının ifşasının kişilik haklarına saldırı olduğuna karar vermiştir. Yrg. HGK.’nın 07.03.2007 T. ve 2007/4-98 sayılı kararı (Yayınlanmamış Yargıtay Kararı)

⁵⁷⁹ Yargıtay’a göre; “... Bir kişinin fiili hukuka aykırı olsa bile, bu fiil ile ilgili konuşmaların ve görüntüsünün gizli kamera ile kayda alınması, aynen telefon konuşmalarının yasadışı dinlenmesinde olduğu gibi, onun kişilik haklarına ve özel yaşamına saldırı niteliği taşımaktadır”. Yrg. 4. H.D.’nin 29.11.2005 T. ve 2004/14189 E. ve 2005/12835 K. sayılı Kararı (Yayınlanmamış Yargıtay kararı).

düzenlemeye yer verilmiştir. Düzenleme hukuka aykırı olduğu anlaşılan delillerin hukuk yargılamasında kullanılamamasının Anayasal dayanağını oluşturmaktadır⁵⁸⁰.

D. Tesadüfen Elde Edilen Deliller

Uygulanan her tedbir sonucu, tedbir konusu suç dışında kalan bir başka suça ilişkin olarak veri elde edilmesi mümkündür. Tesadüfen elde edilen deliller denilen bu verilerin değerlendirilmesi sadece temel hak ve özgürlüklere müdahale alanını genişletmekle kalmayıp; aynı zamanda özel hayata yeni ve bağımsız bir müdahale olarak nitelendirildiği için günümüzde bu bilgilerin ancak sınırlı olarak kullanılabileceği kabul edilmektedir⁵⁸¹. Tesadüfen elde edilen delillere dayalı olarak başka bir soruşturma açılıp açılmayacağı ve bunların soruşturmada delil olarak kullanılıp kullanılmayacağı konusunda 4422 sayılı ÇAÖSMK ve 1412 sayılı CMUK’nda bir açıklık bulunmamaktaydı. CMK’nun 138/2 maddesi ile iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu tesadüfen elde edilen delillerin kullanılması konusuna açıklık getirilmiştir. Düzenlemeye göre; “telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ve ancak, 135’nci maddenin altıncı fıkrasında sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhal bildirilir”. Bu itibarla tesadüfen elde edilen verinin muhakemede delil olarak kullanılabilir hale gelmesi için elde edilen verinin; yapılmakta olan soruşturmayla ilgili olmaması ve CMK’nun 135/6 hükmünde sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek nitelikte olması gerekir⁵⁸². CMK’nun 138/2 hükmünde yer

⁵⁸⁰ Şen, Telefon Dinleme, s.106.

⁵⁸¹ Erdem/Özbek, Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi, s.294.

⁵⁸² Yargıtay Ceza Genel Kurulu tesadüfî delillerle ilgili bir kararında; “... telefon dinlemesi sırasında tesadüfen elde edilen kanıtların dikkate alınabilmesi için, söz konusu suçun da 135. maddede sayılan katalog suçlardan birisine uygun olması gerekmektedir. Bu halde, durum derhal C. savcısına bildirilerek bu kanıtın değerlendirilmesi söz konusu olabilecek ve yasa dışı elde edilmiş kanıt olarak değerlendirilmeyecektir.

.... Konuşmalarda tesadüfen elde edildiği kabul edilen suç kanıtının değerlendirilebilmesi için 4422 sayılı Yasada herhangi bir hüküm yer almadığı gözetildiğinde, iletişimin tespitine ilişkin bu tutanaklar yasa dışı elde edilmiş kanıt niteliğindedir. Kaldı ki, 5271 sayılı CMY’nın 138. maddesine göre de bu tutanağa yasal bir kanıt değeri verilmesi olanaksızdır. Zira, tesadüfen elde edilen bu kanıt üzerine, ilk görüşmenin tespitinden sonra değil, bütün görüşmeler kayıt edildikten sonra durum C.savcısına bildirilmiş, sanık hakkında herhangi bir iletişimin tespiti kararı olmaksızın tespit yapılmış olduğundan, bu tutanaklar yasa dışı elde edilmiş kanıt niteliğindedir. Yasa dışı elde edilen bir kanıtın ise soruşturma ve kovuşturma aşamalarında kullanılmasına olanak bulunmamaktadır. Bu itibarla dosyada bulunan iletişimin tespitine ilişkin tutanakların yasa dışı olarak elde edilmiş kanıt niteliğinde olduğu oyçokluğuyla kararlaştırılmıştır” gerekçesi ile tedbirin uygulandığı tarih itibariyle yürürlükte bulunan 4422 sayılı yasada tesadüfen elde edilen delilin değerlendirilmesine ilişkin düzenleme bulunmadığı ve tedbire maruz kalan kişi hakkında hakim kararı alınmadan iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulduğu gerekçesine dayalı olarak elde edilen delilin hukuka aykırı delil olduğu sonucuna ulaşmıştır. Yrg. CGK’nun 03.07.2007 T., 2007/5. MD/23 E. ve 2007/167 K. sayılı kararı (Yayınlanmamış Yargıtay Kararı). Yargıtay diğer bir kararında ise; “Sanık hakkında soruşturma izni, iddianame ve son soruşturmanın açılmasına konu olan suçlar rüşvet ve görevde yetkiyi kötüye kullanma suçlarıdır. Rüşvet suçu,

alan düzenleme kolluğa Cumhuriyet savcısının emri veya hakim kararı olmaksızın doğrudan doğruya elkoyma yetkisi veren istisnai bir hükümdür⁵⁸³. Tesadüfen elde edilen veri maddede sayılan katalog suçlar arasında yer almadığı takdirde ise muhafazası mümkün değildir ve derhal yok edilmelidir.

Bu durum ilk bakışta adil olmayan bir sonuç şeklinde yorumlanabilir ise de; temel hak ve özgürlüklere müdahalenin istisnai özelliği ve delil yasaklarının doğal bir sonucudur. Ancak kolluğun bu şekilde katalogda yer almayan bir başka suça ilişkin olarak elde edilen delillere duyarsız kalması da zor görünmektedir. CMK'nun 160. maddesi de suç haberini alan savcılığa derhal harekete geçme yükümlülüğü yüklemektedir. Bu nedenle tesadüfen elde edilen verinin muhafaza edilmemesi, ancak usulüne uygun bir iletişimin denetlenmesi kararı doğrultusunda tesadüfen ulaşılan veriye ilişkin durumun ihbar kabul edilip, bu ihbara dayalı olarak katalogda yer almayan suça ilişkin olarak da şartları oluşan diğer koruma tedbirlerine ve soruşturma işlemlerine başvurulabilmesi gereklidir. Kanımızca bu durumda elde edilen veriye dayalı olarak soruşturma başlatıldığından ve ihbarın hukuka aykırı olması şeklinde bir kavram da kabul edilmediğinden, elde edilen verinin ihbar amaçlı kullanılmasında bir sakınca yoktur⁵⁸⁴. Bu nedenle ihbara dayanak oluşturan verilerin hiçbir şekilde soruşturma dosyasına alınmaması, sadece ihbarda bulunularak Cumhuriyet savcılığının harekete geçmesi sağlanmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre; tesadüfen elde edilen bilgilerin katalogda yer alan suçlar dışında kalan suçların aydınlatılması amacıyla delil olarak kullanılması mümkün değildir. Zira; bu bilgilerin başlangıç şüphesine konu olabileceği düşüncesi, hakkında tedbir uygulanabilecek suçtan dolayı uydurma bir suç yaratmak suretiyle tedbir uygulanmasına olanak bulunmayan bir suçun aydınlatılması amacıyla tedbirin kötüye kullanılabilmesine açık kapı bırakacağından, bu durum tedbirin sadece belli ağırlıktaki suçlarla sınırlı tutulması ile izlenen amaçla bağdaşmaz. Bu nedenle katalog dışında kalan suçlarla ilgili olarak elde edilen bilgiler hükme dayanak oluşturmayacağı gibi soruşturmanın başlatılmasına da dayanak oluşturmamalıdır⁵⁸⁵.

5271 sayılı CMK m.135/6 hükmünde yer aldığından, bu suç yönünden iletişimin tespiti yönünden elde edilen kanıt, CMK m.138/2 hükmü uyarınca, hakkında iletişimin tespiti kararı bulunmayan kişi için de kanıt olarak değerlendirilir” gerekçesi ile katalog suça ilişkin elde edilen tesadüfi delilin üçüncü kişi hakkında da delil olarak değerlendirilebileceği sonucuna ulaşmıştır. Yrg. CGK'nun 12.06.2007 T., 2006/5. M.D.-154 E. ve 2007/145 K. sayılı Kararı (Yayınlanmamış Yargıtay Kararı)

⁵⁸³ Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s.423.

⁵⁸⁴ Öztürk, Ceza Muhakemesi, s.435; Kunter/Yenisey/ Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi, s.710; Nuhoğlu, s.13.

⁵⁸⁵ Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi, 602; Aynı yönde; Yenisey/ Altunç, s.1312.

İletişimin denetlenmesi tedbiri sırasında katalog suçların işlendiği şüphesini uyandıran deliller elde edildiği takdirde bunların delil olarak kullanılabilmesi açıktır⁵⁸⁶. Şüpheli veya sanık dışında, hakkında iletişimin denetlenmesi kararı verilmeyen üçüncü kişiler bakımından da elde edilen tesadüfi deliller kullanılabilir. Katalog suçlarla ilgili olarak getirilen sınırlama bu aşamada güvence taşımaktadır. Ancak tesadüfen elde edilen delil ile başka bir katalog suçun işlendiği öğrenildiğinde iletişimin denetlenmesi tedbirine doğrudan bu suç bakımından devam edilmeyip, ortaya çıkan katalog suç bakımından koşulların varlığı ayrıca değerlendirilerek ayrı ve yeni bir karar verildiğinde iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilmelidir⁵⁸⁷. Bu itibarla ortaya çıkan yeni katalog suç bakımından şartların oluşup oluşmadığı değerlendirildikten sonra verilecek yeni bir karara dayalı olarak soruşturma açılıp iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmalıdır.

E. Suç Vasfının Değişmesi

Katalog suçlar arasında nitelendirilerek, iletişimin denetlenmesi tedbirine başvuru suçun soruşturma ve yargılama aşamasında vasıf değiştirerek katalog suçlar haricindeki suçlardan birisine dönüşmesi mümkündür. Bu durumda öncelikle iletişimin denetlenmesi tedbirine son verilmesi gereklidir. Bu aşamaya kadar elde edilen delillerin ise hukuka aykırı delil kabul edilip edilmeyeceği ve yargılama aşamasında kullanılıp kullanılmayacağı konusunda doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. Doktrinde bir görüşe göre; başka bir suçun işlendiği kanaati edinildiğinde iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen verilerin kovuşturma aşamasında delil olarak kullanılmaması ancak ceza soruşturmasının başlamasına esas teşkil etmesi gerekir⁵⁸⁸. Bu durumda savcılık makamı veya mahkeme iletişimin denetlenmesi tedbiri yoluyla elde edilen deliller dışında kalan ve hukuka uygun olarak elde edilen delillerle sonuca ulaşmalıdır. Aksine bir uygulamanın kabulü ise iletişimin

⁵⁸⁶ Yargıtay da telefon dinlemesi sırasında başka suça ilişkin olarak tesadüfen elde edilen delillerin ancak bu suç katalog suçlardan ise değerlendirilebileceği aksi halde elde edilen delilin hukuka aykırı delil sayılması gerektiği görüşündedir. Yargıtay görevde yetkiyi kötüye kullanmak suçundan yargılanan sanığa ilişkin olarak; suç örgütü hakkında yürütülen soruşturma kapsamında telefon dinleme kararı verildiğini, dosyada delil olarak bulunan telefon kayıtlarının ise haklarında dinleme kararı bulunmayan üçüncü kişiler arasında geçtiğini, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda sınırlı olarak sayılan suçlarla ilgili telefon dinlemesine olanak tanındığını, telefon dinlemesi sırasında başka suça ilişkin tesadüfen elde edilen delillerin ancak bu suç katalog suçlardan ise değerlendirilebileceğini belirtmektedir. Kararda suçun katalog suçlardan olduğunun anlaşılması halinde durumun derhal Cumhuriyet Savcısına bildirileceği ve bu delilin değerlendirilmesinin söz konusu olabileceği, aksi halde elde edilen delilin yasa dışı elde edilmiş delil sayılacağı belirtilerek görevi kötüye kullanma suçu ile ilgili olarak elde edilen delilin, bu suçun katalog suçlar arasında yer almadığından yasadışı delil olduğu ve yasadışı delil dışında da dosyada suçu sübuta erdirecek başka kanıt bulunmadığından sanığın beraatine karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. (YCGK. 13.06.2006 T. 2006/4.MD-122 E. ve 2006/162 sayılı kararı Yargı Dünyası, S. 137, Mayıs 2007, s.137 vd.)

⁵⁸⁷ Şen, İletişimin Denetlenmesi, s.175.

⁵⁸⁸ Şen, İletişimin Denetlenmesi, s.131.

denetlenmesi tedbirinin uygulamada kötüye kullanımına, kanun hükmünün dolanılmasına sebebiyet verebilecektir. Ayrıca iletişimin denetlenmesi sırasında elde edilen bilgilerin bir katalog suçla ilgili olduğu şeklindeki yanlışlığın faturasının doğru nitelendirmede bulunulmuşçasına şüpheli veya sanığa yüklenmesi mümkün değildir. Bu nedenle soruşturması yapılan tedbire konu suçun katalog suçlar dışında kaldığı sonradan anlaşıldığında iletişimin denetlenmesi tedbirine derhal son verilmeli, elde edilen veriler de soruşturma ve yargılamada kullanılmamalıdır⁵⁸⁹. Doktrinde diğer bir görüşe göre ise; kanuna karşı hile yoluna gitmeden, iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurmak için maksatlı olarak suçun vasfında bir değişik yapılmaksızın hukuka uygun şekilde elde edilen delillerin, vasfi değişen suç hangi suç olursa olsun soruşturma ve yargılamada değerlendirilmesi gerekir. Suçun nitelendirilmesi iddianame ile yapıldığından, koğuşturma aşamasında da suçun niteliğinin değişmesi mümkün olduğundan soruşturma aşamasında tedbire başvurulduğu sırada, o ana kadar elde edilen delillere göre fiilin tedbir kararı verilen suçu oluşturduğu sonucuna ulaşmayı haklı kılan nedenlerin mevcut olduğu tespit edildiğinde, niteliği değişen suça ilişkin olarak o ana kadar elde edilen deliller hukuka aykırı hale gelmez. Bu nedenle elde edilen delillerin değerlendirme dışı tutulmaması gerekir⁵⁹⁰. Yargıtay ise yakın tarihte vermiş olduğu bir kararında rüşvet suçuna ilişkin olarak yapılan soruşturma kapsamında suç vasfının değişerek birbirine dönüşmesi ihtimali bulunan görevi kötüye kullanma suçuna dönüşmesi durumunda, iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen delillerin görevi kötüye kullanma suçu bakımından da delil olabileceğine karar vermiştir⁵⁹¹. Kanımızca başvurulması oldukça sıkı şartlara bağlanmış olan adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine konu suçun vasfına ilişkin yanlışlığı sonucu katalog haricindeki suçlara ilişkin olarak iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması; şartları oluşmaksızın, hukuka aykırı olarak tedbire başvurulduğunu gösterir. Adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından öngörülen şüphenin derecesi ve tedbirin ikincil

⁵⁸⁹ Şen, Telefon Dinleme, s.115; Şahbaz, İletişimin Denetlenmesi, s.165, 166; Taşkın, İletişimin Denetlenmesi, s.177.

⁵⁹⁰ Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi, s.230; Taşkın, İletişimin Denetlenmesi, s.457.

⁵⁹¹ Yargıtay’a göre; “Sanık hakkındaki soruşturma izni, iddianame ve son soruşturmanın açılması kararına konu olan suçlar rüşvet ve görevde yetkiyi kötüye kullanma suçlarıdır. Rüşvet suçu 5271 sayılı CYY’nın 135/6. fıkrasında yer aldığından, bu suç yönünden iletişimin tespiti suretiyle elde edilen kanıt, CYY’nın 138/2. maddesi fıkrası uyarınca, hakkında iletişimin tespiti kararı bulunmayan kişi için de kanıt olarak değerlendirilir. Özel Dairece isnat edilen eylemlerin bir kısmından beraat bir kısmından ise suç niteliğinin değişmesi suretiyle görevi kötüye kullanma suçundan mahkumiyet kararı tesis edilmiş ise de; başlangıçtaki iddia rüşvet suçuna yönelik olup, görevi kötüye kullanma suçunun özel bir biçimi olan rüşvet suçunun da çoğu zaman görevi kötüye kullanma suçuna dönüşmesi olanağı bulunduğundan, nitelik değiştirmesi olanağı bulunan suçlar yönünden de, elde edilen kanıtlar hukuka uygun delil olarak değerlendirilmelidir.

Somut olayda, iletişimin tespiti suretiyle elde edilen kanıtlar hukuka uygun kanıt niteliğinde bulunduğundan, bunun ayrıca hükümde belirtilmemesi ve bu kanıtlara dayanılarak hüküm tesisi CYY’nın 230. maddesine aykırılık oluşturmamaktadır”. Yrg. CGK’nun 12.06.2007, 2006/5. MD-154/145 K. sayılı kararı (yayınlanmamış Yargıtay kararı)

niteliği suç vasfındaki yanlışlığa imkan vermeyecek kadar düşüktür. Kaldı ki orantılılık ilkesi bakımından da katalog suçlara ilişkin sınırlama güvence getirmektedir. Bu güvence ortadan kaldırıldığında Anayasa ile güvence altına alınan orantılılık ilkesinin de ihlal edilmesine olanak sağlanmış olacaktır. Bu nedenle katalog suçlara ilişkin kanun hükmünün kanuna karşı hile yoluyla dolanılmasının önlenmesi, tedbirin kötüye kullanımının önüne geçilmesi ve tedbire başvurulduğu sırada kararı veren merciin yanlışlığının şüpheli veya sanığa yüklenmemesi için elde edilen delillerin vasıf değişikliği sonucu ortaya çıkan suçun soruşturma ve yargılamasında kullanılmaması ve dosyadan çıkarılması gerekir.

F. İletişimin Hukuka Aykırı Denetlenmesi ve Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi

Ceza Muhakemesinde delil serbestisi sistemi geçerlidir. Belirli hususları belirli delillerle ispatı zorunlu değildir. Çünkü bireyler özel hukuk alanındaki ilişkilerinde ileride sorun çıkma ihtimalini düşünerek ispat araçlarını hazırlayabilirler. Ancak hiç kimse işleyeceği suçun delillerini hazırlamaz, aksine deliller yok edilmeye çalışılır. Bu nedenle delillerin sınırlandırılması ceza muhakemesini işlemez hale getirebileceğinden bir hususun her türlü delille ispat edilebilmesi yani delil serbestisi esastır⁵⁹². Elde edilen verilerin delil olarak değerlendirilmesi ve hakim kararına gerekçe teşkil etmesi için de mutlaka duruşmaya getirilmesi ve duruşmada tartışılması gerekir. Hakimin doğrudan doğruyalık ilkesi gereği bu delillerle bizzat ve doğrudan doğruya temasa geçerek delilleri vicdani kanaatine göre serbestçe takdir etmesi gerekir⁵⁹³. Hakim yapılan muhakeme sonunda maddi gerçeğin ne olduğu hususunda kanaat edinmek zorundadır. Ancak bu kanaatin dava dışı bilgilerden ve inançlardan meydana gelmesi son derece tehlikelidir. Vicdani kanaatin kişisel hislere, keyfiliğe değil mantığa uygun bir değerlendirmeye dayalı olması gerekir. Diğer yandan hükme esas olacak her hususun da kural olarak ispat edilmiş olması gereklidir⁵⁹⁴.

Günümüz modern demokrasilerinde hukuk devleti esaslarına uygun bir ceza muhakemesinde delil elde edilmesi ve değerlendirilmesi işlemlerine getirilen sınırlamalara delil yasakları denilmektedir⁵⁹⁵. Delil yasaklarına ilişkin temel düzenleme 03.10.2001 tarih. ve 4709 sayılı kanunla Anayasa'nın 38/7 hükmüne eklenen düzenlemedir. Buna göre;

⁵⁹² Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s.212. Hukuki uyumsuzluklarla bağlantılı olan ceza uyumsuzluklarının ispatında, bu kuraldan ayrı düşünölmelidir. Örneğin, boş çekin alacaktan fazla doldurulmasının (güveni kötüye kullanma suçunun) ispatı için yazılı delil aranmaktadır. Bkz. YİBK, 24.3.1989 T. 1/2 (5.2.1990 T. 2024 sayılı R.G).

⁵⁹³ Kantar, Baha, Ceza Muhakemeleri Usulü, Birinci Kitap, Umumi Hükümler, Ankara 1957, s.220; Şahin, İspat., 25 vd.

⁵⁹⁴ Taner, Ceza Muhakemeleri Usulü, s.156.

⁵⁹⁵ Hafizoğulları, Hukuka Aykırı Deliller, s.638

“Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez”. Getirilen düzenleme ile ceza yargılaması hukukunda hukuka aykırılığı tespit edilen delillere şu veya bu şekilde dayanılabilmesinin veya değerlendirmeye alınabilmesinin yolu tümüyle kapatılmıştır. Bu doğrultuda delil yasaklarına ilişkin düzenleme getiren CMK’nun 206. maddesinde “kanuna aykırı delilden” söz edilmekte, CMK’nun 217. maddesinde “delilin hukuka uygun şekilde elde edilmesinden” ve nihayet CMK’nun 289. maddesinde “hukuka aykırı yöntemlerle” elde edilen delilden söz edilmektedir. Bu itibarla Anayasanın ifadesi üstün tutularak kanuna aykırı olarak elde edilen delillerin muhakemede kullanılamayacağı kabul edilmektedir⁵⁹⁶.

Adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin düzenleme getiren CMK’nun 135/son hükmünde de açıkça maddede belirlenen usul ve esaslar dışında hiç kimsenin bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinlenemeyeceği ve kayda alamayacağı hükme bağlanmıştır. Yasa hükmünün lafzından iletişimin tespiti, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve mobil telefonun yerinin tespiti işlemlerinin yapılabileceği sonucu çıkarılabileceğinden düzenlemede iletişimin denetlenmesi tedbirinin çeşitlerinin tamamını kapsayacak şekilde “iletişimi denetlenemez” ifadesinin kullanılması daha isabetli olacaktır.

Kanunkoyucu haberleşme özgürlüğüne müdahale oluşturan koruma tedbirlerinin sıkı bir şekilde CMK’nun 135. maddesinde belirlendiğini ve maddede belirlenen esas ve usuller dışında yapılan herhangi bir müdahalenin başkaca bir değerlendirme yapılmaksızın hukuka aykırı sayılacağını ifade etmiştir. Ceza Muhakemesi Hukukunda elde edilen bir delilin kovuşturma aşamasında delil olarak değer taşıyabilmesi için delilin mutlak bir şekilde kanun hükümlerinde öngörülen usul ve esaslara uygun elde edilmesi gereklidir. İletişimin

⁵⁹⁶ Özbek, Ceza Muhakemesi, s.670; Doktrinde hukuka aykırı delillerin kovuşturma organları tarafından yapılan işlemlere ve bu işlemin kanunla düzenlenmesi ile korunması istenen hukuki menfaate göre tasnif edilerek hukuka aykırı olduğu belirlenen delilin hüküm verilirken kullanılıp kullanılmamasının mahkemenin takdirine bırakılması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi, no.641. Yargıtay’a göre de; “Hakim, yasaklanmış deliller dışında, takdir yetkisini kullanıp değerlendirme yaparken, delil elde edilmesi faaliyeti sırasında ihlal edilen kurallar nedeniyle sanığın hakkının ihlal edilip edilmediğine bakmalı, sanığın haklarının ihlal edilmediği hallerde, hukuka aykırı şekilde elde edilen delilleri yargılamada kullanabilmelidir. Sanığın haklarının ihlal edilmesi halinde ise; suçun topluma verdiği zarar ile devlet görevlilerinin sanığa ait hakları ihlal etmelerinden doğan kişisel ve toplumsal zarar karşılaştırılmalıdır. Sanığın topluma verdiği zarar daha fazla ise hukuka aykırı olarak elde edilen deliller yargılamada kullanılmalı, aksi takdirde değerlendirme dışı bırakılmalıdır”. Yrg. CGK’nun 15.03.2005 T., 2005/10-15E. ve 2005/29K. sayılı kararı (Yayınlanmamış Yargıtay Kararı).

denetlenmesi tedbirine CMK'nun 135. maddesinde öngörülen esas ve usuller dışında başvurulduğunda elde edilen bulgulara hukuka uygun delil sıfatıyla itibar edilmeyecektir⁵⁹⁷.

Anayasanın 38/7 hükmü ile getirilen delil yasakları esasen; maddi gerçeğin bulunmasına, özel hayatın gizliliğinin korunmasına, cezanın meşruiyetinin sağlanmasına, soruşturma ve kovuşturma makamlarının disipline edilmesine hizmet etmektedir⁵⁹⁸. Hukuka aykırılığı tespit edilen bulguların dava dosyasında bulundurulması; delil niteliğini taşımayan bulguların yargılama makamını etkilemesi ve yargılamada şu veya bu sebeple dikkate alınması sonucunu doğuracaktır. Delilin hukuka aykırılık nedeniyle değerlendirme dışı tutulması; hukuka aykırılığın bir tarafça ileri sürülmesi veya mahkemece re'sen tali ceza muhakemesi ile ele alınabilmesiyle mümkündür⁵⁹⁹.

Delilin hukuka aykırılığının ve hükme esas alınamayacağının tespiti halinde bu delilin ne yapılacağı belirlenmesi gerekir. Bir görüşe göre; delil dosyada kaldığı sürece iddia makamı ve özellikle hakim bu delilden etkilenir. Bu nedenle ceza yargılamasında hukuka aykırı delillerin hiçbir şekilde dikkate alınmaması ve dava dosyasından çıkarılması gerekmektedir⁶⁰⁰. Aksi görüşe göre; delil yasakları davası üzerine hukuka aykırı olduğuna karar verilen delilin gerçekten hukuka aykırı olup olmadığının denetimi şarttır. Delil dosyadan çıkarılacak olursa denetim sağlanamaz. Denetimin yapılmaması da keyfiliğe yol açacağından maddi gerçeği insan haklarını ihlal etmeden arayan bir ceza muhakemesinde hiçbir delil dosyadan çıkarılmamalıdır⁶⁰¹. Diğer bir görüş ise; hukuka aykırılığı tespit edilen delilin zarf içerisinde dosyada tutulması gerektiğini ifade etmektedir. Bu görüşe göre; hukuka aykırılığı tespit edilen delilin dosyada kalmasının sanıldığı kadar kötü sonuçlar doğurması mümkün değildir. Hakim gerekçeli karar vereceğine ve gerekçenin de mantıklı ve hukuken doyurucu olması gerektiğine göre, bu yapıldıktan sonra artık vicdani kanaatin hukuka aykırı delille

⁵⁹⁷ Alman Federal Temyiz Mahkemesi bir kararında hukuka aykırı dinleme sonucu öğrenilen tanıkların yargılama aşamasında dinlenebileceklerine ve beyanlarının delil olarak değerlendirilebileceğine karar vermiştir(BGHSt. 32, 68, 70). Alman Federal Temyiz Mahkemesinin bu kararı Alman doktrininde eleştirilere uğramıştır. Yenisey, Feridun, Mukayeseli Hukukta ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Teknik İzleme, Yargı Dünyası, S.131, Kasım 2006, s.22.

⁵⁹⁸ Özbek, Ceza Muhakemesi, s.670;

⁵⁹⁹ Doktrinde soruşturma aşamasında veya davanın görülmesi sırasında delilin dosyadan çıkarılması adı altında açılacak bir tali ceza davası yoluyla yasak delillerin dosyadan çıkarılması gerektiği ileri sürülmektedir. Bkz. Schroeder, Friedrich Christian/Yenisey, Feridun Dürüst Yargılanma Hakkı (Fair Trail) İstanbul 1997, s.83, 96-97.

⁶⁰⁰ Ünver; hukuka aykırı delillerin dosyadan çıkarılması gerektiğine işaret ederek, hukuka aykırı delile dayanılarak hüküm kurulması ile objektif sorumluluk arasında bağlantı kurmaktadır. Ünver, Yener, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Hukuku Genel Hükümleri (26-27 Mart 1997-İstanbul) İÜHF Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul 1998, s.185; Aynı yönde Şen, İletişimin Denetlenmesi, s.19.

⁶⁰¹ Öztürk, Delil Yasakları, s.45.

oluşturulmuş bulunmasının önemi yoktur. Hakimin gerekçesi mantık açısından ve dosyadan anlaşıldığı ölçüde Yargıtay tarafından denetlenmelidir⁶⁰². Kanaatimizce bir delilin hukuka aykırılığının ve bu nedenle hükümde esas alınamayacağının anlaşılması halinde bu delilin zarflanıp mühürlenmesi ve dosyadan çıkarılarak mahkeme kasasında veya cumhuriyet savcılığının adli emanet bürosunda muhafaza edilmesi, temyiz aşamasında da dosya ile birlikte Yargıtay'a gönderilmesi gereklidir. Böylelikle bir yandan hukuka aykırı yollarla elde edildiği tespit edilerek dosyadan çıkarılan delilin kanun yoluna başvurulduğunda denetiminin yapılması sağlanmış olur, diğer yandan aleniyet ilkesinin geçerli olduğu yargılama aşamasında hukuka aykırılığı tespit edilen delilin aleniyet kazanmasının önüne geçilmiş olur. Örneğin; adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine CMK'nun 135. maddesinde yer alan şartlardan biri veya birkaçına uyulmaksızın başvurulmuş ve elde edilen delilin hukuka aykırı olduğu mahkemece tespit edilmiş olsun. Bu durumda elde edilen delilin zarf içinde ve dosya içerisinde saklanması aleniyet ilkesinin geçerli olduğu yargılama aşamasında, delilin aleniyet kazanmasına yol açacağından özel hayatın gizliliği bakımından getirilen güvenceyi etkisiz kılacaktır. Diğer yandan bu şekilde muhafaza edilen delilin temyiz aşamasında da sağlıklı bir şekilde ele alınabilmesi mümkün olmaz. Bu itibarla; hukuka aykırılığı tespit edilen iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen delillerin dava dosyasından ayrılarak zarflanıp mühürlenmesi ve mahkeme kasası yada adliyelerin adli emanet bürosunda muhafaza edilmesi, temyiz aşamasında da muhafaza altına alınan delillerin dosya ile birlikte Yargıtay'a gönderilmesi gereklidir. Böylelikle hem hukuka aykırı delilin aleniyet kazanması önlenmiş olur, hem de denetim muhakemesinde tali muhakeme sonucu verilen karar ve hüküm sağlıklı bir şekilde denetlenmiş olur. Bu sayede temyiz aşamasında CMK'nun 289/1-i bendi kapsamında hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde eden delillere dayanıp dayanmadığı ve hüküm gerekçesinde CMK'nun 230/1-b hükmü doğrultusunda hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilip gösterilmediğinin de denetlenmesine imkan tanınmış olur.

⁶⁰² Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s.702; Kaymaz, Seydi, Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller, Ankara 1977, s.278; Yargıtay Ceza Genel Kurulunda yapılan temyiz incelemesi sırasında; dosya içerisinde bulunan telefon dinleme tutanaklarının hukuka aykırı delil olduğu, bu tutanakların dosyadan çıkarılması gerektiği ileri sürülmüş, konu bu yönüyle görüşüldükten sonra, hukuka aykırı delil niteliğindeki belgelerin değerlendirme amaçlı olarak dosyada bulundurulmasında bir sakınca görülmemiştir. Yrg. CGK'nun 13.06.2006 T., 2006/4-122E. ve 2006/162K. sayılı kararı.(Yayınlanmamış Yargıtay Kararı).

G. İletişimin Hukuka Aykırı Denetlenmesinin Yaptırımı

Günümüzde kişinin özel hayatında geçen olayları öğrenmek teknolojideki gelişmeler neticesinde son derece kolaylaşmıştır. Kişinin evinde ne yaptığının, kimlerle konuştuğunun öğrenilmesi, telefonlarının dinlenmesi ve bunlardaki gizliliğin anlaşılması son derece kolaylaşmıştır⁶⁰³. Bu nedenle insanın özel hayatını ve bundaki gizlilikleri saklayabilmesi tehlikeye girmiştir. Kişi için en ufak dış müdahale olmaksızın öz varlığını serbestçe sürdürebilmesini ve özel hayatını her türlü dış tesirden koruyabilmesini sağlamak için 22 - 23 Mayıs 1967 tarihinde İsveç'in başkenti olan Stokholm'de kuzey hukukçularının ve bütün dünya ülkelerinden gelen diğer hukukçuların katılımıyla önemli bir kongre toplanmıştır. Bu kongre özel hayata saygı gösterilmesi hakkının gittikçe artan önemi nedeniyle konuyu esaslı bir şekilde ve ilk kez inceleyen uluslararası kongre olmuştur. Kongrede üçüncü kişilerin iki kişi arasında yapılan telefon konuşmalarını, konuşanların rızası olmadan, dinleme aygıtı gibi elektronik cihazlar kullanılarak kasten dinlemesi suç sayılarak, bu konuda gereken düzenlemelerin yapılmasını zorunlu kılmak konusunda tavsiye kararı alınmıştır⁶⁰⁴. Bu doğrultuda teknik araçlar kullanmak suretiyle kişilerin özel hayatına ilişkin gizliliklerin ihlaline yönelik saldırıları ve bunlara ilişkin çeşitli görünümüleri cezalandırmak için yeni suç tiplerinin oluşturulması yoluna gidilmesi zorunluluğu doğmuştur⁶⁰⁵.

765 sayılı TCK'nun yürürlükte olduğu dönemde teknik araçlar kullanılmak suretiyle özel hayatın gizliliğinin ihlaline yönelik saldırıların önlenmesi bakımından mevcut hukuk kurallarının yetersizliği ifade edilmekteydi⁶⁰⁶. 765 sayılı TCK'nun 195 ve devamı

⁶⁰³ İmre, Zahit, Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler, İÜHFM, Y.1976, C.39, S.1-4, s.148.

⁶⁰⁴ Donay, Süheyl, Özel Hayata Saygı Gösterilmesi Hakkı Üzerine Kuzey Hukukçularının Kongresi, İÜHFM, Y.1976, C.39, S.1-4, s.441-448.

⁶⁰⁵ Tosun, Öztekin, Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları, Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanununun 50. Yılı ve Geleceği Sempozyumu, 22-26 Mart 1967, İstanbul 1977, s.376.

⁶⁰⁶ 765 sayılı TCK'nda telefon dinleme fiilini cezalandıran açık bir yasal düzenleme bulunmamaktaydı. Ancak kanunun 195/2 maddesinde; "Eğer fail ... telgraf ve telsiz muhaberat ve telefon muhakematı mahremiyetini ihlal ederek bir zarar husulüne sebep olursa bir aydan üç seneye kadar hapsolünür." hükmü yer almaktaydı. Örneğin bir kişinin metresi ile yaptığı telefon konuşmasının kamuoyuna açıklanması eylemi TCK'nun 195/2 hükmü uyarınca suç oluşturacak ve aynı zamanda kişilik hakkının ihlali nedeniyle özel hukuk hükümlerine dayalı olarak şahıs hakkında tazminata hükmedilebilecekti. Düzenleme ile iki taraf aralarında geçen telefon konuşmalarının, konuşmanın muhatabı olan kişi tarafından kaydedilmesi ve diğer kişinin rızası olmaksızın ifşa edilmesi veya bir menfaat sağlanması için kullanılması ve neticede mağdurun maddi veya manevi bir zarara uğraması eylemi suç sayılmıştır. Bu nedenle telefon konuşmalarının ifşa edilmeksizin sadece kaydedilmesi, konuşmaları kaydeden ve bunu ifşa edenin üçüncü bir kişi olması halinde suç oluşmamaktadır. Bu nedenle suçta ve cezada kanunilik ve kıyas yasağı ilkesinin bir sonucu olarak telefon konuşmalarının üçüncü bir kişi tarafından dinlenmesi, kayda alınması ve bunun kullanılmasının cezai yaptırımının bulunmadığı, suçun üçüncü kişinin müdahalesi yoluyla işlenemeyeceği, mevcut düzenlemelerin ihtiyaca cevap vermekten uzak olduğu, bunu gidermek için gelişen şartlara uygun, ihtiyaca cevap verecek mahiyette özel hükümler getirilmesinin ve özel hayatın gizliliğine yönelik

hükümlerinde “sırrın masuniyeti aleyhine cürümler” başlığı altında özel yaşam ve haberleşme dokunulmazlığına ilişkin anayasal güvenceye aykırılığın yaptırımını öngörülmuş bulunmaktaydı. Ancak fasıl başlığı amacı tam olarak karşılamakta yetersizdi. Zira; 765 sayılı TCK’nun doğrudan doğruya amacı haberleşme araçlarını hukuka aykırı saldırılara karşı korumaktı. Haberleşme araçlarının içeriği ise ikinci derecede göz önüne alınmaktaydı. Gerçekten 765 sayılı TCK’nun 198. maddesinde yer alan meslek sırrını ifşa suçu dışında, bu fasılda düzenlenen suçların oluşması için gerçek anlamda bir sır bulunmasına gerek yoktu⁶⁰⁷. Yargıtay ise; mevcut düzenlemelerin yetersizliği karşısında, zorlama bir yorumla bireylerin özel yaşamlarına müdahale oluşturan davranışların, hakaret suçunu oluşturacağı sonucuna varmıştı⁶⁰⁸. Oysa AİHS’nin 8. maddesinde gerek özel yaşam ve aile yaşamının, gerekse mektup ve diğer haberleşme araçlarıyla gerçekleştirilen haberleşmenin dokunulmazlığının kanunla korunması gerektiği yönünde devlete ait yükümlülük öngörülmekteydi⁶⁰⁹. Bu doğrultuda 5237 sayılı TCK’nun ikinci kitap, birinci kısmının “özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar” başlıklı dokuzuncu bölümünde, hukuka aykırı olarak bireylerin haberleşmelerini ve özel hayatlarının gizliliğini ihlal edenler hakkında çeşitli yaptırımlar öngörülmüştür. 5237 sayılı TCK’nun “özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar” başlıklı dokuzuncu bölümünde bu başlık altında sırasıyla; 132. maddede “haberleşmenin gizliliğinin ihlali”, 133. maddede “kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması”, 134. maddede “özel hayatın gizliliğini ihlal”, 135. maddede “kişisel verilerin kaydedilmesi”, 136. maddede “verileri hukuka aykırı olarak verme ve ele geçirme”, 138. maddede ise “verileri yok etme” suçu düzenlenmiş, 137. maddede tüm bu suçlar için nitelikli

güvencelerin sağlanmasının gerekli olduğu ifade edilmekteydi. Şen, Ersan, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Özel Hayata Karşı Suçlar, İBD., C.79, S.3, İstanbul 2005, s.709; Şen, Devlet ve Kitle İletişim Araçları s.113.

⁶⁰⁷ Erem, Faruk, Hürriyet ve Suç, Ankara 1952, s.114.

⁶⁰⁸ Yargıtay 765 sayılı TCK’nun yürürlükte olduğu dönemde verdiği bir kararında; “Olaya bakıldığında; defilede elbise sunan mankenlerin soyunma odasında elbise değiştirdikleri, üzerlerinde sadece külotlu çorapları kaldığı sırada, görüntüleri gizli kamerayla tespit edilip televizyonda yayınlanarak teşhir edildiği, görüntülenmelerinde rızaları bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Kişilerin vücut mahremiyetleri, gösterilmeleri veya gösterilme biçimleri toplumun ortak edep düşüncesine aykırı düşecek şekilde teşhir edilmişse, bu eylemde; haber verme hakkı veya özel veya kamusal bir yarardan söz edilemeyeceği, esasen rıza bulunsun bile bu gösterim edebe aykırı düşeceği için, herhangi bir hukuka uygunluk sebebi bulunmayıp, kişilik hakkına saldırı niteliğindedir. Keza; kişilerin, (namus veya vakar veya haysiyeti) nin toplumsal ve ahlaki değerlerden oluşması ve buna saygı gösterilmesini isteme haklarının bulunması itibarıyla de bu suretle sergilenmeleri, kimileri için merakları tatmin edici olsa da, toplumun ortak ahlak duygusuna aykırı olduğundan, TCK’nun 482/1. maddesinde tarif olunup korunan bu değerlere saldırı oluşturduğunu kabul etmek gerekir.” gerekçesi ile özel yaşama saldırı oluşturan davranışların hakaret suçunu oluşturacağı sonucuna ulaşmıştır. Yrg. 2. CD.’nin 03.03.1998 T., 1998/2325 E. ve 1998/2271K. sayılı ilamı. (Yayınlanmamış Yargıtay Kararı)

⁶⁰⁹ Tezcan/Erdem/Sancaktar, s.405.

haller öngörölmüştür. Diğer yandan TCK'nun 139. maddesinde ise şikayete ilişkin düzenleme getirilmiştir⁶¹⁰.

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun düzenlendiği TCK'nun 132. maddesine göre;

“(1) Kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal eden kimse, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Bu gizlilik ihlali haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle gerçekleştirilirse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriklerini diğer tarafın rızası olmadan alenen ifşa eden kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

(4) Kişiler arasındaki haberleşmenin içeriğinin basın ve yayın yolu ile yayınlanması halinde, ceza yarı oranında arttırılır”.

Göröldüğü gibi burada tanımlanan suçlar dar anlamda haberleşme hürriyetinin ihlalini kapsamakta, iletişime üçüncü kişinin müdahalesi de yaptırıma bağlanmaktadır. Diğer bir ifadeyle; kimin kiminle telefon görüşmesi yaptığı veya mektuplaştığı değil, hukuka aykırı bir şekilde haberleşmenin içeriğinin öğrenilmesi ve ifşa edilmesi suç sayılmaktadır. Haberleşme içerikleri öğrenilmeksizin kimin kiminle görüşme yaptığının tespiti ve ifşa edilmesi, suçun unsurlarına göre TCK'nun 134, 135 veya 136. maddeleri çerçevesinde değerlendirilebilecek ve icra edilen fiil bu maddelerde geçen suç tanımına girmediği taktirde, failin kamu görevlisi olduğı durumlarda görevi kötüye kullanma fiilini suç sayan TCK'nun 257. maddesinin uygulanması söz konusu olabilecektir⁶¹¹.

Haberleşme içeriklerinin sadece dinlemek ve okumak suretiyle ihlal edilmesi bu suçun temel şeklini oluşturmakta iken; bu gizlilik ihlalinin haberleşme içeriklerinin yani

⁶¹⁰ Avusturya CK'nun “özel yaşamın ve belirli mesleki sırların ihlali” başlıklı 5. başlığı altında özel yaşama karşı suçlar düzenlenmiştir(m.118-124). Bu bölüm altında sırasıyla mektup gizliliğinin ihlali ve mektupların gizlenmesi(m.118), uzakla haberleşmenin gizliliğinin ihlali(m.119), kayıt ve gizli dinleme cihazlarının kötüye kullanılması(m.120), meslek sırrının ihlali(m.121), iş ve işletme sırrının ihlali(m.122), iş ve işletme sırrının ifşası (m.123) ve iş ve işletme sırrının yabancı bir ülke yararına ifşası(m.124) düzenlenmiştir. Alman CK'nda ise; “Kişisel Yaşam ve Giz Alanlarının İhlali” başlığı altında sırasıyla konuşmaların gizliliğini ihlal(m.201), mektupların dokunulmazlığını ihlal(m.202), verileri ifşa(m.203), özel sırların ihlali(m.203), başkasına ait sıklardan yararlanma(m.204), posta ve uzakla haberleşmenin dokunulmazlığının ihlali(m.206) suçlarına yer verilmiştir. Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, s.454, 455.

⁶¹¹ Şen, Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.1, İstanbul 2006, s.580.

konuşulanların ve yazılanların kayda alınması suretiyle gerçekleştirilmesi suçun nitelikli halini oluşturmaktadır. Maddenin ikinci fıkrasında ise haberleşme içeriklerinin hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi ayrı bir suç tipi olarak tanımlanmıştır⁶¹². TCK'nun 132/2 hükmünde yer alan ifşa terimi, haberleşmenin içeriği hakkında üçüncü kişiye bilgi verilmesi anlamına gelir. Ifşadan söz edilebilmesi için haberleşme içeriğine mutlaka aleniyet kazandırılmış olması gerekli değildir. Haberleşme içeriğinin bir kişiye açıklanması halinde de bu suç oluşur⁶¹³. Üçüncü fıkra ise; kişinin kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın alenen ifşa etmek suretiyle haberleşmenin gizliliğini ihlal etmesi ayrı bir suç olarak sayılmıştır. TCK'nun 132/2 hükmünün uygulanabilmesi için ifşanın aleni olması gerekli olmadığı halde, TCK m.132/3 hükmünün uygulanabilmesi için ifşanın aleni olması gerekmektedir. Haberleşme içeriğine aleniyet kazandırılmış sayılabilmesi için, belirsiz sayıdaki kişilere haberleşme içeriğini öğrenme olanağı yaratılmış olması şarttır. Aleniyet basın yoluyla olmuşsa, bu durum suçun nitelikli halini oluşturur. Ayrıca TCK'nun 132/2 hükmünde öngörülen durumda haberleşme içeriğini buna taraf olmayan bir kişinin ifşa etmesi aranırken TCK'nun 132/3 hükmünün uygulanabilmesi için ifşanın haberleşmeye taraf olan kişilerce gerçekleştirilmesi zorunludur. Haberleşme içeriğinin basın ve yayın yoluyla yayınlanması da ikinci ve üçüncü fıkralara göre verilecek cezanın belli oranda arttırılmasını gerektiren artırım sebebi olarak düzenlenmiştir.

TCK'nun 132. maddesinde düzenlenen suçlar bakımından hukuka aykırılık unsurunun oluşması için haberleşmenin gizliliğine yönelik müdahalenin herhangi bir hak ve yetkiye dayanmaması gerekir. Bu itibarla; 5271 ve 5397 sayılı kanun hükümlerine göre telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurularak haberleşmenin gizliliği sınırlandırıldığında veya 5275 sayılı CGTİHK'nun 68/2 hükmü kapsamında hükümlülere gelen veya bunlara gönderilen mektupların infaz kurumunca denetlenmesi söz konusu olduğunda kanun hükmüne dayalı olarak işlem yapıldığından, TCK'nun 26/1 hükmü kapsamında hukuka uygunluk sebebi bulunmaktadır. Bu nedenle yasayla öngörülen şartlara uygun şekilde iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulduğunda, TCK'nun 132. maddesinde öngörülen suçun oluşması bakımından aranan hukuka aykırılık unsuru oluşmaz.

⁶¹² Haberleşme içeriğini öğrenen kişi, ayrıca bunu başkalarına da yaymış ise TCK'nun 132/2 hükmünde düzenlenen suç oluşur. Haberleşme içeriğinin, hukuka uygun olarak mı, yoksa hukuka aykırı olarak mı öğrenildiği suçun oluşumu bakımından önem taşımaz. Ancak haberleşme içeriğini açıklayan kişi ayrıca haberleşmenin gizliliğini de ihlal etmiş olursa hem TCK'nun 132/1, hem de TCK'nun 132/2 hükmünü ihlal etmiş olur. Bu durumda ise hem TCK m.132/1 hükmünün hem de TCK m.132/2 hükmünün uygulanması yoluna gidilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, s.460.

⁶¹³ Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2005, s.269.

765 sayılı TCK'nda sadece yazılı haberleşme araçlarına ilişkin olarak koruma getirilmiş iken; 5237 sayılı TCK'nun 132. maddesinde haberleşmeyi gerçekleştirebilmek açısından yararlanılan araçlar bakımından bir sınırlandırmaya gidilmemiş ve her türlü haberleşme aracı bakımından koruma getirilmiştir. Bu itibarla haberleşme mektup, telgraf, telefon, faks, elektronik posta veya başkaca herhangi bir yolla yapılmış olabilir⁶¹⁴. Diğer yandan; TCK'nun 132. maddesinde belirtilen haberleşme içeriğinin ceza korumasından yararlanabilmesi için bir sır içermesine gerek yok ise de; belirli bir kişiye izafe edilebilmesi şarttır. Bu itibarla anonim ve genel nitelikteki gönderiler maddede öngörülen korumadan yararlanamaz.

TCK'nun 133. maddesinde kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçu düzenlenmektedir. Düzenleme ile haberleşme özgürlüğünden çok, özel hayatın gizliliği korunmaktadır. Geçek kişilerin özel hayatının gizliliği yanında bireyler arası iletişimin gizliliği de hukuksal yararı oluşturmaktadır. Bu bakımdan TCK'nun 133. maddesi kişiler arasındaki konuşmanın içeriğinin salt başkalarına karşı açıklanmasına karşı bir koruma sağlamaktadır⁶¹⁵. Düzenlemeye göre;

“(1) Kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaları, tarafların herhangi birinin rızası olmaksızın bir aletle dinleyen veya bunları bir ses alma cihazı ile kaydeden kişi iki aydan altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Katıldığı aleni olmayan bir söyleşiyi, diğer konuşanların rızası olmadan ses alma cihazı ile kayda alan kişi, altı aya kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

(3) Yukarıdaki fıkralarda yazılı fiillerden biri işlenerek elde edildiği bilinen bilgilerden yarar sağlayan veya bunları başkalarına veren veya diğer kişilerin bilgi edinmelerini temin eden kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu konuşmaların basın ve yayın yoluyla yayımlanması halinde de aynı cezaya hükmolunur”.

Görüldüğü üzere madde metninde kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların dinlenmesi veya ses alma cihazı ile kayda alınması suç olarak tanımlanmaktadır. Birinci fıkrada tanımı yapılan suç, aleni olmayan konuşmanın bir aletle dinlenmesi veya bir ses alma cihazı ile kayda alınmasıyla oluşur. İkinci fıkrada ise aleni olmayan konuşmaların söyleşiyeye katılan kişilerden biri tarafından diğerinin rızası alınmaksızın kayda alınması suç olarak

⁶¹⁴ Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.268.

⁶¹⁵ Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, s.463.

tanımlanmıştır. Maddenin üçüncü fıkrasında da bir ve ikinci fıkrada tanımlanan suçların işlenmesi suretiyle elde edildiği bilinen bilgilerden yarar sağlanması ve bunların başkalarına verilmesi veya bunlardan diğer kişilerin bilgi edinmesini temin etmek, suç olarak tanımlanmıştır⁶¹⁶. Üçüncü kişinin bundan yarar sağlamış olup olmaması suçun oluşması bakımından önem taşımamaktadır. Ancak üçüncü kişinin bundan yarar sağlamış olduğu durumlarda TCK'nun 133. maddesi uyarına cezalandırılır.

TCK'nun 133. maddesinde düzenlenen suçun manevi unsurunu oluşturan kast, hem suçun maddi unsurunu oluşturan dinleme veya kayda almaya, hem de bunun mağdurların rızası dışında gerçekleşmesine yönelik olmalıdır⁶¹⁷. TCK'nun 133. maddesinde öngörülen suç bakımından kanun hükmünün yerine getirilmesi ve meşru müdafa hali hukuka uygunluk sebebi oluşturur. Bu itibarla; CMK'nun 135 ve devamı hükümleri veya 5397 sayılı yasa kapsamında telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması, bu suç bakımından hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldıran ve hukuka uygunluk sebebi oluşturan nedenlerdir. Diğer yandan TCK'nun 133/1 hükmünde öngörülen suçun oluşması taraflardan herhangi birisinin rızası olmaksızın gerçekleştirilmesine, TCK'nun 133/2 hükmünde öngörülen suç bakımından ise; konuşanların rızası olmaksızın gerçekleştirilmiş olmasına bağlıdır. Rızanın tipikliği ortadan kaldırabilmesi için konuşma veya söyleşiye katılanların tamamı tarafından verilmiş olması gerekir. Bu aşamada rıza açık olabileceği gibi, konuşmaya katılmayan kişinin ses alma cihazıyla tespit edilmesine rağmen, konuşmaya devam etmesi örneğinde olduğu gibi örtülü de olabilir⁶¹⁸.

TCK'nun 134. maddesinde ise özel hayatın gizliliğini ihlal suçu düzenlenmiştir. Buna göre;

“(1)Kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal eden kimse, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlal edilmesi halinde, cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz.

(2) Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri ifşa eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Fiilin basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde ceza yarı oranında arttırılır”.

⁶¹⁶ Madde gerekçesi için bkz. Şahin, Cumhur/Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, Ankara 2007, s.262, 263.

⁶¹⁷ Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku , s.465.

⁶¹⁸ Şen, Özel Hayata Karşı Suçlar, s.714.; Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.271.

Düzenleme TCK'nun 132 ve 133. maddelerinde yer alan suç tiplerine girmeyen ancak özel hayatın gizliliğini ihlal eden eylemleri kapsayan ve güvence sağlayan tamamlayıcı bir hükümdür. Maddenin birinci fıkrasında özel hayatın gizliliğini ihlal suç olarak tanımlanmakta, gizli yaşam alanına girerek veya başka surette başkaları tarafından görülmesi mümkün olmayan özel yaşam olayının saptanması ve kaydedilmesini cezalandırmaktadır. İkinci fıkrada ise; böylelikle elde edilen saptama ve kayıtlardan herhangi bir surette yarar sağlanması veya bunların başkalarına verilmesi yada bunlardan diğer kişilerin bilgi edinmesini temin etmek suç olarak tanımlanmaktadır. CMK'nun 135. maddesi kapsamında verilmiş bir karar olmaksızın iletişimin denetlenmesi tedbirine başvuran ilgililerin bu hüküm uyarınca cezalandırılmaları mümkündür. Yine hakim kararında öngörülen süreden sonra veya gecikmesinde sakınca bulunan hal kapsamında verilen kararın hakim tarafından onaylanmadığı hallerde iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurmaya devam eden kişiler hakkında da bu madde hükümlerinin tatbiki mümkündür. TCK'nun 134. maddesi esasen haberleşme dışında, özel hayata yönelik ihlaller bakımından da uygulanabilir. TCK'nun 134. maddesinde yer alan suçun manevi unsuru ise kasttır. Suçun oluşumu bakımından olası kast yeterlidir. Özel yaşamın içeriğinin neden öğrenilmek istediği ise önem taşımaz⁶¹⁹.

Hukuka aykırı olarak başvuru ile iletişimin denetlenmesi tedbirinin hukuki yaptırımına değinecek olursak; adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin hukuka aykırı uygulanması sebebiyle sanık veya şüphelinin uğradığı zararın tazmini ancak tazminat hukukunun genel hükümleri çerçevesinde olabilecektir. Zira; CMK'nda da ÇAÖSMK'nda olduğu gibi, adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine karşı başvurulabilecek özel bir denetim muhakemesi yolu öngörülmüş değildir⁶²⁰. Bu nedenle hukuka aykırı olarak başvuru ile tedbir nedeniyle bireylerin ortaya çıkan zararlarının giderilmesi için koruma tedbirlerinden zarar gören kişilere karşı devletin tazminat yükümlülüğü bulunduğu kabul edilmesi gereklidir⁶²¹. Ancak

⁶¹⁹ Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, s.469.

⁶²⁰ Ceza Muhakemesi Kanununda, bu kanunda belirtilen ve tazminata konu olabilecek koruma tedbirlerinin Anayasa ve yasalarda gösterilen kurallardan dışında uygulanmasından doğan zararların tazmini öngörüldüğü gibi, koruma tedbirlerinin bu kurallara uygun olarak uygulanması, ancak bu tedbire muhatap olan kişilerin bilahare masum olduğunun anlaşılması halinde de tazminat ödenmesi esası getirilmiştir. Bu nedenle kanunda düzenlenen tazminat sadece kanun dışı koruma tedbirlerinden kaynaklanan zararın tazminine yönelik olmayıp, kanuna uygun ancak 'haksız' koruma tedbirleri açısından da öngörülmüştür. Birinci durumda ortada bir kanunsuzluk, anayasaya aykırılık ve usul kurallarına aykırılık bulunduğu halde; ikinci durumda sadece bir haksızlık bulunmaktadır. Ancak bu durum sadece yakalama ve tutuklama tedbirleri açısından öngörülmüştür. Bu itibarla yakalama ve tutuklama koruma tedbirleri ile ilgili dört ihtimal söz konusu olabilmektedir. Bunlar; haksız tutuklama, haksız yakalama, hukuka aykırı tutuklama ve hukuka aykırı yakalamadır. Bkz. Hakeri, Hakan, Türk ve Alman Hukuku'nda Koruma Tedbirlerinden Dolayı Tazminat, Sulhi Dönmezer Armağanı, C.II, Ankara 2008, s.869.

⁶²¹ Hiçbir hukuk düzeni kusursuz değildir. Her hukuk düzeninde hatalı işlemler yapılmış ve hatta yanlış mahkumiyet kararları verilmiş olabilir. Bunlardan doğan zararların ise devlet tarafından karşılanması gerekir.

kanunda belirtilen koşullar dışında hakkında iletişimin denetlenmesi tedbirine başvuru yapan kişiler yönünden, CMK'nun "tazminat istemi" başlıklı 141. maddesinde herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir⁶²². Mevcut durum karşısında ancak genel hükümler çerçevesinde idarenin tazminat sorumluluğuna gidilebilecektir⁶²³.

1982 Anayasasının 40. maddesinin üçüncü fıkrasına göre; "Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır". Yine Anayasa'nın 125/son hükmüne göre; "İdare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlüdür"⁶²⁴. Böylelikle Anayasa idarenin sorumluluğunun genelliği ilkesini belirtmekle yetinmiş, sorumluluğun dayanağı ve koşullarına değinmemiştir. Diğer yandan 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 6/6/1990 tarih ve 3657 sayılı yasanın 1. maddesi ile değişik 13. maddesine göre; kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı, bu görevi yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar⁶²⁵.

Danıştay Kanunu ve İdari Yargılama Usulü Kanununda tazminat davalarının özüne ilişkin kurallar getirilmemiştir. Bu durumda sorumluluğun dayanaklarını ve koşullarını belirleme görevi hakimın takdirine bırakılmıştır⁶²⁶. İdare adına hareket eden kamu görevlilerinin suç araştırma görevini yerine getirirken hukuka aykırı olarak iletişimin

Ceza soruşturmaları ve davaları kamu yararına açıldığından, bu tür zararların da kamu adına devlet tarafından karşılanması gereklidir. Böylelikle devlet hukuk kurallarını ihlal eden kendisi olduğunda yaptırıma kendisi katlanmış ve bireylere örnek teşkil etmiş olur. Bkz. Centel, Nur, Yeni Ceza Muhakemesi Yasasında Adli Kontrol Tutuklama Yakalama ve Haksızlıkların Tazminatla Giderilmesi, Doç. Dr. Mehmet Somer Anısına Armağan, İstanbul 2006, s.863.

⁶²² Doktrinde iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından tazminat sorumluluğunun ayrıca düzenlenmesi gerektiği belirtilmektedir. Yarsuvat, Örgütlü Suçların Koğuşturulması, s.342; Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi, s.184; Erdem, Telekomünikasyon, s.12.

⁶²³ Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi, s.184; Şen'e göre; soruşturma veya koğuşurma sırasında başvuru yapan yakalama, tutuklama, arama ve elkoyma tedbirlerinin hukuka aykırı tatbikinden kaynaklanan tazminat sorumluluğunu düzenleyen CMK'nın 141-144 hükümleri, iletişimin denetlenmesi tedbirindeki hukuka aykırı uygulamalar hakkında da dayanak oluşturabilir. Bkz. Şen, Telefon Dinleme s.108, 109.

⁶²⁴ Danıştay'a göre Anayasasının bu hükmünün; "idare hukukunun, idarenin sorumluluğunu belirten ilkeleri ile sınırlandırılması ve buna göre uygulanması gerekir". Dan. DDK., 25.06.1971 T., 1967/1958 E. ve 1969/3232 K. sayılı Kararı, Danıştay Dergisi, S.5., s.155 vd.

⁶²⁵ Bkz. 14.07.1965 tarih ve 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu (23.07.1965 T., 12056 sayılı R.G.).

⁶²⁶ Gözübüyük, Şeref, Terör Olayları ve Yönetimin Sorumluluğu, AÜSBFD., Güneş'e Armağan, C.50, Haziran-Aralık 1995, no 3-4, s.193.; Doktrinde idarenin sorumluluğunun dayanağı konusunda "hukuk devleti", "imkan ve fırsat eşitliği" gibi ilkeler ileri sürülmüştür. Bkz. Duran, Lütfi, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, Ankara 1974, s.11.

denetlenmesi tedbirine başvurmaları veya bu hususta karar vermelerinden dolayı sorumlu olmaları ancak verilen zararın hizmet kusuru olarak nitelendirilmesine bağlıdır⁶²⁷.

Kamu görevlisi tarafından yapılmakla birlikte idareye veya yürüttüğü hizmete ilişkin kusurlu davranışlara hizmet kusuru denir. Bu kapsamda kusur; idarenin kuruluşundan, işleyişinden doğan nesnel nitelikli aksaklıklardır ve bu aksaklıktan idare sorumludur⁶²⁸. Kamu görevlisinin görevi sırasında veya görevi ile ilgili yürüttüğü hizmete ilişkin kusuru bulunduğu idarenin sorumluluğunun kaynağı hizmetin kuruluşundan, işleyişinden ve ilgili personel üzerindeki gözetim ve denetim görevinin gereği gibi yerine getirilmemesinden dolayı hizmetin yapılmaması, geç yapılması veya kusurlu yapılmasına dayanmaktadır⁶²⁹. Diğer yandan idarenin tazminle yükümlü olması için kusurlu olması yeterli olup, kusurunun ağır olması da aranmaz⁶³⁰. Hukuka aykırı olarak iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmasından dolayı idare aleyhine bu kapsamda dava açılabilir⁶³¹. Buradaki zararın tazmini kaybedilen hak ve özgürlüğü yerine getirmese de uğranılan zararın unutturulması veya hafifletilmesinin en iyi yoludur⁶³².

Hizmet kusurunun söz konusu olduğu hallerde, zararın tazmini için açılacak davanın idare aleyhine, idari yargıda açılması gerekir⁶³³. Nitekim Anayasa'nın 129. maddesinde;

⁶²⁷ Bkz. Eryılmaz, Arama, s.287. Duran'a göre; Anayasa'nın kabul ettiği idari rejim, idari sorumluluk konusunun tümü ile adliye mahkemelerine bırakılmasını önlediği gibi, idare ile birlikte sorumluluklarının ayrı mercilerde ve farklı esas ve usullerle gerçekleşmesine de imkan vermemektedir. İdare kendisini tazminat ödemek durumuna sokan personelin görev kusuru bulunup bulunmadığını, varsa sorumluluğunu gerektirir ölçüde ve yoğunlukta olup olmadığını da idare hukuku esasları gereğince tayin ve tespit edeceğinden uyumsuzluk çıktığında, aynı soruna haksız fiil esaslarının tatbiki tecviz ve kabul edilemez. Duran, Lütfi, Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, Ankara 1974, s.44-58.

⁶²⁸ Gözübüyük, Terör Olayları, s.194.

⁶²⁹ Kamu görevlisinin hizmet kusurunun söz konusu olması için kamu hukukuna tabi bir görevi bulunmalı, kamu görevlisinin zarar doğurucu tutum ve eylemi bu görev sırasında, görev gereği yapılmalıdır. Burada zarar hizmetin kuruluşu ve düzenlenmesindeki aksaklıktan kaynaklanmayıp, yani anonim olmayıp, belirli bir personele bağlanabilmekte, yani kişiselleştirilebilmektedir. Bkz. Düren, Akın, İdare Hukuku Dersleri, Ankara 1979, s.297 vd.; Gözübüyük/Tan, İdare Hukuku, s.821.

⁶³⁰ Gözler, Kemal, İdare Hukukuna Giriş, Bursa 2002, s278. Doktrinde idarenin kusursuz sorumluluğunun yaygınlaşması karşısında, idarenin sorumlu tutulabilmesi için kusurunun ağır olması koşulunun aranmasının bir çelişki oluşturacağı belirtilerek, kusurun ağırlığının hükmedilecek tazminatın miktarını etkileyecek bir unsur olarak düşünülmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bkz. Özay, İlhan, Günışığında Yönetim, İstanbul 1996, s.754.

⁶³¹ Danıştay kolluk faaliyeti sırasında verilen zararların salt hizmet kusuruna dayanarak tazminine hükmettiği bir kararında; "Hizmeti yürüten kamu ajanlarının suçu önleme ve işlenmiş bir suçta sanığı adalete teslim etme maksadıyla da olsa kişileri veya sanığı dövmesi ve işkence etmesi, insan hak ve özgürlükleri ile ve özellikle kişi dokunulmazlığı ilkesi ile bağdaşmayacağı gibi Ceza Kanunumuza göre de suç teşkil etmektedir. Hizmetin bu şekilde yürütülmesi ise personeli yeterli düzeyde eğitmeyen, yeterli ve etkili bir denetimi ile bu tür olayların meydana gelmesini önleyici tedbirleri almayan idarenin hizmet kusurunu oluşturur ve bu yüzden kişilere verilen zararların hizmeti kusurlu yürüten idareye tazmini gerekir." gerekçesine yer verilmektedir. Dan. 10.D. 30.03.1983 T., 1982/206 E. ve 1983/665 K. sayılı kararı Bkz. Gözübüyük, Terör Olayları, s193.

⁶³² Hakeri, Hakan, Haksız Yakalanan ve Tutuklananlara Tazminat Verilmesi, Ankara 1999, s.44.

⁶³³ Doktrinde bir görüşe göre; kamu tüzel kişileri, muhtelif makamları işgal eden gerçek kişiler vasıtasıyla faaliyette bulunduklarından bunların kendi memurları tarafından üçüncü kişilere verdikleri zararlardan özel

memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan dolayı açılacak tazminat davalarının ancak idare aleyhine açılabileceği açıkça belirtilmiştir. Bu durumda idare tazmin ettiği zararın daha sonra geri ödenmesi için ilgili kamu görevlisine verilen zarardaki şahsi kusurun derecesine göre rücu edecektir. Gerçekten Devlet Memurları Kanununun 13. maddesi gereğince; “Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Ancak, devlet dairelerine tevdi veya bu dairelerce tahsil veya muhafaza edilen para ve para hükmündeki değerli kağıtların ilgili personel tarafından zimmete geçirilmesi halinde, zimmete geçirilen miktar, cezai takibat sonucu beklenmeden Hazine tarafından hak sahibine ödenir. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır”. 657 sayılı Kanunun 13. maddesinin öngördüğü sistem teminat sistemi olarak adlandırılmakta olup bu sistem ile idare edilenlerin zararlarının acilen ödenmesi sağlanmak istenmiştir⁶³⁴.

Kişisel kusur ise; kamu görevlisinin görevle ilişkisi olmayan özel hayatındaki davranışları, görevi sırasında fakat görevi ile bağdaşmayan kişisel saiklerle gerçekleştirdiği davranışları veya görevi dışında ancak görevi vesilesiyle gerçekleştirdiği davranışları kapsar⁶³⁵. Kişisel kusura hizmetten ayrılabilen kusur da denir. Kamu görevlisinin görevle ilişkisi olmayan yada dolaylı olarak ilişkisi bulunan bu davranışlardan dolayı kişisel sorumluluğu kamu görevlisinin adli yargı mahkemelerinde özel hukuk kurallarına göre sorumluluğunu gerektirir⁶³⁶.

CMK’nun 135. maddesinde öngörülen koşullara aykırı olarak gerçekleştirilen iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucunda çok önemli deliller elde edilse de, bunlar yargılama aşamasında delil olarak kullanılamaz. Bu itibarla hukuka aykırı olarak başvuru ile iletişimin

hukuktaki başkasının fiilinden, görevin tevdi edilmiş olduğu şahsın seçiminden ve vazifenin ifası sırasında şahıs üzerindeki nezarete kusurlu davranılmış olması esassından hareketle sorumlu olduklarının kabulü gerekir. Buna göre; kamu tüzel kişinin amacına hizmet etmek maksatlı olması kaydıyla, memurlar tarafından yapılan her hareket, gayrinizami ve sakat olsa bile daima bu hükmi şahsın hareketidir ve hükmi şahıs bu hareketten dolayı mesuldür. Zanoibini, Guido, İdare Hukuku, C.I, Umumiyyet İtibariyle İdari Nizam, (çev. Atıf Akgüç/Sahir Erman), İstanbul 1945, s.295.

⁶³⁴ Günday, Metin, İdare Hukuku, Ankara 2003, s.278, 279.

⁶³⁵ Gözübüyük, Terör Olayları, s.194.

⁶³⁶ Gözübüyük, A. Şeref, Yönetim Hukuku, Ankara 2004, s.319; İdarenin hukuka aykırı davranışının ne idare, ne de kamu görevi ile bağdaştırılmasının mümkün olmadığı hallerde o tutum ve davranışın bir suç ve medeni hukuk bakımından da haksız fiile dönüştüğü düşünülmelidir. Yargıtay da işkence olayı ile ilgili olarak vermiş olduğu bir kararında; “... suçlunun sorgulaması sırasında meydana gelen bir işkence olayında artık idari eylem ve işlem den bahsedilemeyeceği gibi, bu adli nitelik ve karakterini dahi kaybeden haksız bir fiildir. Bu gibi durumlarda idare ile idare adamının şahsi kusuru nedeniyle müteselsil bir sorumluluk doğar” sonucuna varmıştır. 4. CD’nin 17.11.1986 E., 1986/7786 K. sayılı kararı. (YKD., Şubat 1987, s.200 vd.)

denetlenmesi tedbirinin bir yaptırımı da bu yolla elde edilen delillerin yargılamada delil olarak değerlendirilememesidir. Hukuka aykırı şekilde kamu görevlileri veya özel kişilerce elde edilen delillerin yargılama aşamasında hiçbir şekilde delil olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Bilindiği gibi hukuk sistemimizde hukuka aykırı yöntemler kullanılarak elde edilen delillerin hükme esas alınması mümkün değildir. Bu yaklaşım Yargıtay içtihatlarıyla da yerleşmiş durumdadır⁶³⁷. Hakim kararının hukuka aykırı olduğu durumlarda da; bu karara dayalı olarak gerçekleştirilen iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen verilerin yargılamada delil olarak kullanılması mümkün değildir⁶³⁸. Hukuka aykırılığın hangi sebepten kaynaklandığının ise önemi yoktur. Hakim gerek koşulları oluşmadığı halde kanuna aykırılık teşkil edecek tarzda iletişimin denetlenmesi tedbirine karar verdiğinde, gerekse verilen karar doğru olmakla birlikte yanlış uygulandığında, elde edilen deliller hukuka aykırı olduklarından hiçbir şekilde soruşturma ve yargılamada kullanılmaları mümkün olmadığından dosyadan çıkarılmaları gerekir⁶³⁹.

VI. ÖZEL KİŞİLER TARAFINDAN İLETİŞİMİN HUKUKA AYKIRI DENETLENMESİ VE YAPTIRIMI

CMK'nun delil elde edilmesine yönelik olarak düzenlenmiş hükümlerinin özel kişilere değil sadece soruşturma organlarına yönelik olduğu kabul edilecek olursa, özel kişiler tarafından hukuka aykırı olarak elde edilmiş delillerin yargılamada kullanılabileceği sonucu ortaya çıkabilir. Ancak CMK'nun 135. maddesinde iletişimin denetlenmesi tedbirinin koşulları açıkça düzenlenmiştir. Aynı maddenin son fıkrasında ise; “bu maddede belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimse, bir başkasının iletişimini dinleyemez ve kayda alamaz” hükmüne yer verilmiştir. Bu açık düzenleme karşısında özel kişilerin de bir başkasının iletişimini denetlemesi mümkün değildir. Böyle bir denetleme yapıldığı takdirde ise bu işlem kanuna aykırı bir işlem olup, aynı zamanda suç teşkil eder⁶⁴⁰.

Özel kişiler tarafından kanuna aykırı olarak gerçekleştirilen iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen verilerin delil olarak kullanılıp kullanılamayacağı konusunda doktrinde değişik görüşler bulunmaktadır. Doktrinde bir görüşe göre; özel hayata yapılan müdahalenin

⁶³⁷ Konuya ilişkin Yargıtay kararları ve analizleri için bkz. Yurtcan, Erdener, Yargı Kararları Işığında Hukuka Aykırı Delile Dayanma Yasağı, Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul 1998, s.519-534.

⁶³⁸ Yenisey/Altunç, s.1310.

⁶³⁹ Ünver, İspat, s.138 Taşkın, İletişimin Denetlenmesi, s.188.

⁶⁴⁰ Taşkın, İletişimin Denetlenmesi, s. 183.

soruşturma organları yada üçüncü kişiler tarafından yapılıp yapılmadığı önemsizdir. Ancak böyle bir durumda üçüncü kişilerin ilgilinin özel hayatına müdahalesi haklı olarak kabul edilebiliyor, olayda bir hukuka uygunluk sebebi bulunabiliyorsa, bu durumda delillerin değerlendirilmesi mümkündür. Örneğin; şantaj yada tehdit suçuna maruz kalan kişinin kaydettiği ses kaydı delil olarak kullanılabilir⁶⁴¹. Çünkü burada bir hukuka uygunluk sebebi bulunur. Bunun dışında özel kişiler tarafından soruşturma yapılarak elde edilmiş olan ve insan haysiyetini ihlal eden deliller söz konusu olduğunda soruşturma makamlarının amaçladığı görevin özel kişiler tarafından hukuka aykırı olarak üstlenilmesi söz konusu olduğundan, bu suretle elde edilen verilerin delil olarak kullanılmaması gerekir⁶⁴². Diğer görüşe göre ise; üçüncü kişiler tarafından elde edilen ses ve görüntü kayıtlarının hukuka aykırı şekilde elde edilmiş delil sayılması ve ceza muhakemesinde kullanılmaması gerekir. Bu noktada hukuka aykırılığın kimin tarafından yapıldığının önemi yoktur. Kamu görevlisi yada adli görevli olmasa dahi diğer bireyler tarafından gerçekleştirilen işlem hukuka aykırı ise bu delil hukuka aykırı kabul edilmelidir ve hukuka aykırı kabul edilen delil hükme esas alınmamalıdır⁶⁴³. Başka bir görüş ise; insan hayatının genel ve özel yönü bulunduğundan hareket ederek ikili bir ayrıma gitmekte; hayatın özel yönünü ise özel hayat ve hayatın gizli alanı olarak ikiye ayırmaktadır. Hayatın genel yanının kamuya açık davranış ve sözleri içermekte olup gizliliği bulunmadığından korunmasına gerek olmadığı ifade edilmektedir. Hayatın özel yanının ise koruma altında olup, özel hayatın bireyle birlikte bireyin çok yakın çevresini oluşturan kişilerle olan ilişkisi olduğu ifade edilmektedir. Hayatın gizli alanı ise sadece bireyin kendisine ait, onun girebildiği ve bireyi ilgilendiren alandır. Bu nedenle özel hayat nispi bir korumaya sahip iken; hayatın gizli alanı mutlak bir korumaya sahiptir. Hayatın genel ve özel yönünü ihlal eden iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması, koşulları olduğu taktirde mümkün iken; hayatın gizli alanına ilişkin olarak iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması mümkün değildir. Bu nedenle özel kişilerin haberleşme araçlarını denetlemek suretiyle elde ettikleri delilleri bu çerçevede değerlendirmek gerekir. Bu noktada kamu yararının gerekli kıldığı hallerde hayatın genel ve özel yönünü ihlal eden denetleme sonucu

⁶⁴¹ Almanya’da uygulamada meşru savunma hükümlerinin tatbiki gereken durumların veya benzer hallerin gizli ses kaydı yapılmasını haklı kıldığı kabul edilmekte ve buna örnek olarak da şantaj gösterilmektedir. Sağlam, Gizli Ses Kaydı, s.109.

⁶⁴² Özbek, Ceza Muhakemesi, s.675, 676.; Yenisey’e göre de; üçüncü kişiler tarafından iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen delillerin açık şekilde hukuka aykırı olması ve yargılamada kullanılamayacağı kuralına bazı istisnalar getirilmelidir. Özellikle kişinin kendisine karşı işlenen suçlarda, insan onurunu rencide etmeyecek şekilde ancak hukuka aykırı olarak bazı deliller elde etmesi halinde bunun değerlendirilmesine olanak tanımak gereklidir. Yenisey, Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil, s.57.

⁶⁴³ Ünver, İspat, s.191; Aynı yönde bkz. Taşkın, İletişimin Denetlenmesi, s.184.

elde edilen verilerin muhakemede kullanılabilmesi gereklidir⁶⁴⁴. Kanaatimizce; özel kişilerin kendilerine karşı işlenen suçlarla sınırlı olması, kamu yararının ve orantılılık ilkesinin gerekli kılması ve insan onurunun rencide edilmemesi kaydıyla, özel kişilerce kaydedilen iletişim içerikleri özel hayatın çekirdek alanına ilişkin olmadıkları durumlarda muhakemede kullanılabilmelidir. Bu noktada özel kişiler tarafından gerçekleştirilen iletişimin kayda alınmasında; işleme başvuranın görüşmenin taraflarından birisi olması, önceden planlamayarak aniden gerçekleştirilen görüşmelerin tedbire maruz kalan kişinin kendi isteğiyle veya sistemin otomatik işlemesi ile kayıt altına alınması aranmalıdır. Yargıtay şüphelinin kendisiyle sohbet havasında yapılan mülakatın habersiz olarak videoya kaydedilmesi olayında, sanığın aldatılarak özgür iradesiyle savunma yapmasının engellendiği, bu nedenle yasak sorgu yöntemleriyle elde edildiği anlaşılan video kasetin delil olarak hükme esas alınmasının mümkün olmadığı, ancak özel şahsın kaydettiği kasetin diğer delillerle desteklenmesi halinde delil olarak kullanılabileceği sonucuna varmıştır⁶⁴⁵. Ancak CMK'nun 135/son hükmü ile getirilen açık düzenleme karşısında kamu görevlilerinin yanında, özel kişilerin başkasının iletişimini denetlemesi hiçbir şekilde mümkün görünmemektedir. Kaldı ki; CMK'nun 289. maddesinde de; “hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillere dayanması” kesin bir hukuka aykırılık nedeni olarak kabul edilmiştir.

Özel hukuk alanına ilişkin tereddütlerin giderilmesi için ise öncelikle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin açık bir düzenleme yapılması isabetli olacaktır. Böylelikle bu konudaki tereddütler ve hukuka aykırı uygulamalar da ortadan kalkacaktır. Aksi halde Anayasa'nın 38/6 hükmünde yer alan “kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.” hükmü özel hukuk alanında da varlığını hissettirecektir⁶⁴⁶. Mevcut durum itibarıyla CMK'nun 135. maddesinde öngörülen iletişimin denetlenmesi tedbiri, ceza soruşturması ve kovuşturması ile sınırlı olduğundan hukuk hakimlerinin bu maddeden hareketle telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine karar verebilmeleri ve bu yolla delil toplatabilmeleri, bu konuda yapılan başvuruları kabul etmeleri mümkün değildir. Bu nedenle 1982 Anayasasının 22. maddesinde düzenlenen haberleşme hürriyetinin sınırlandırılması yoluyla elde edilen verilerin hukuk yargılamasında kullanılmasına ilişkin olarak 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda herhangi bir düzenleme bulunmadığından, iletişim içeriğine ilişkin olarak

⁶⁴⁴ Erdem/Özbek, Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi, s.300.

⁶⁴⁵ Yrg. 1. CD.'nin 16.02.2004 T. 2003/3819E., 2004/299K. sayılı kararı (Yayınlanmamış Yargıtay Kararı)

⁶⁴⁶ Şen, Telefon Dinleme, s.101.

mahkemeye sunulan delillerin hukuka aykırı delil olduğunun kabulü gerekir. Bu kapsamda Anayasanın 138. maddesinde ifadesini bulan “hukuka uygunluk” kavramı, hukuk yargılamalarında hukuka aykırı yoldan elde edildiği ve yasal dayanaktan yoksun olduğu açık olan delilin muhakemede kullanımını engelleyecektir. Diğer yandan ceza soruşturması veya kovuşturmasında hukuka uygun yollarla elde edilen iletişim içeriklerinin özel hukuk muhakemesinde yasal dayanak bulunmaksızın doğrudan doğruya kullanılmasına imkan tanınması, delilin hukuka uygunluğu bakımından doğru görülebilirse de bu konuda yasal dayanak oluşturur nitelikte bir özel hukuk düzenlemesi bulunmadığından iletişim içeriklerinin hukuk muhakemesinde doğrudan doğruya delil olarak kullanılması, mevcut durum karşısında, mümkün görünmemektedir. Böylelikle genel anlamda hukuka uygun sayılan bir delilin hukuk yargılamasında kullanılmasındaki hukuka uygunluk, bu konudaki yasal dayanağın bulunmasına bağlanmış olmaktadır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA ÖNLEME AMAÇLI İLETİŞİMİN DENETLENMESİ

I. GENEL OLARAK

Anayasanın 5. maddesine göre, devletin temel amaç ve görevi “... kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; ... insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır”. Devlet kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu bozan veya bozma tehlikesi yaratan davranışları engellemek yükümlülüğündedir. Kısaca devletin suçu önleme ve işlenmiş ise suçu aydınlatma yükümlülüğü vardır⁶⁴⁷.

Devlet suçu aydınlatma görevini ceza muhakemesi hukuku kuralları çerçevesinde yerine getirir. Ceza muhakemesinin, dolayısıyla Cumhuriyet Başsavcılıklarının ve onun yardımcısı olan adli kolluğun görev ve yetkisi kural olarak suç işlendikten sonra başlar. Bir suçun işlendiğinin kabul edilebilmesi için ise tipe uygun icrai yada ihmali bir hareketin yapılması gereklidir. Dolayısıyla ceza muhakemesinde soruşturma aşamasına başlamak ve bu kapsamda maddi gerçeği araştırıp bulmak ancak bu andan itibaren mümkün olabilmektedir. CMK’nun 160. maddesinde de bu kapsamda; “Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hali öğrenir öğrenmez kamu davası açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar” düzenlemesine yer verilerek ceza muhakemesinin başlayacağı süreç belirlenmiştir⁶⁴⁸. Düzenlemede belirtildiği üzere soruşturmaya başlanmasının amacı kamu davası açıp açmamak konusunda karara ulaşabilmektir. Bu itibarla ortada işlenmiş yada icra hareketlerine başlanmış bir suç yoksa ceza muhakemesine başlanmaz ve delil toplanmaz.

Ceza muhakemesinde delil elde etmek için başvuru koruma tedbirleri ceza muhakemesinin yapılmasını ve muhakeme sonunda verilecek kararın yerine getirilmesini

⁶⁴⁷ Zafer, Hamide, Polis Vazife ve Selahiyet Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair 5681 Sayılı Kanunun Değerlendirilmesi, Sulhi Dönmezer Armağanı, C.II, Ankara 2008, s.1573.

⁶⁴⁸ Özbek, Ceza Muhakemesi, s.408.

sağlamayı amaçlamaktadır. Ayrıca çoğu ceza muhakemesi işleminde olduğu gibi koruma tedbirleri temel hak özgürlükleri sınırlar ve zorlayıcı niteliktedir. Bu nedenle kanunkoyucu bu tedbire başvurulabilmesi bakımından belli ölçütler getirmiştir⁶⁴⁹. Buna karşılık bazı tedbirlere başvurulması için mutlaka suç işlenmesi gerekmez. Bir suçun işlenmesini önlemek, işlendikten sonra adaleti sağlamak kadar önem taşıdığından devletin toplumun güvenliğini sağlamak, tehlikeyi önlemek ve toplumun huzurunu tesis etmek için genel emniyet ve asayiş koruması amacıyla, suçla mücadelede bazı önleyici tedbirlere başvurulmasına ihtiyaç duyulmuştur. Kolluğun suçla önleyici mücadelesine hizmet eden bu önleyici kolluk tedbirleri için doktrinde değişik terimler kullanılmaktadır. Özbek bu tedbirlere ilişkin olarak; “ön alan tedbirleri”⁶⁵⁰, Erdem; “suç öncesi araştırma”⁶⁵¹, Cihan/Yenisey ise; “suç öncesi polis araştırmaları” terimlerini kullanmaktadır⁶⁵². Kolluğun gelecekteki tehlikeleri önlemek amaçlı başvurduğu tedbirlerin ileride işlenmesi kuvvetle muhtemel bir suç ile ilişkisi bulunmamakta, burada kolluğun daha çok özerk ve denetimden uzak bir soruşturma yapabileceği bir alan oluşturma gayreti bulunmaktadır. Kolluğun gelecekteki tehlikeleri önlemek amacıyla tedbir alması ise; veri yada bilgi elde etme, saklama, değiştirme, yararlanma, aktarma ve verilerin karşılaştırılması olarak kabul edilmektedir⁶⁵³.

Doktrinde koruma tedbirleri ile önleyici kolluk tedbirlerinin tehlike tedbiri üst başlığı altında ele alındığı görülmektedir⁶⁵⁴. Kanımızca korkulan bir zarar ihtimaline karşı alınan tedbirlerin tehlike tedbiri başlığı altında ele alınması uygundur. Uzak tehlikenin önlenmesi amaçlandığında başvuru tedbire önleme tedbiri denir. Tehlike yakın olup önlemek için çok geç olduğunda ise; ancak tehlikeli sonuçtan korunma amaçlandığından, başvuru tedbire koruma tedbiri adı verilir⁶⁵⁵. Bu nedenle telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri uzak tehlikeyi önleme amacına yönelik olduğunda önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri niteliğini alır.

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinde tehlike uzaktır ve suç işlenmeden önce tedbire başvurulduğundan, suç şüphesi ile başlayan ceza muhakemesi tedbirleri ile amacı

⁶⁴⁹ Bkz. Yüce, Zorlayıcı Önlem Teorisi, s.72.

⁶⁵⁰ Özbek, Ön Alan Soruşturmaları, s.58

⁶⁵¹ Erdem, Gizli Soruşturma Tedbirleri, s.206

⁶⁵² Cihan/Yenisey, no.261.

⁶⁵³ Özbek, Ön Alan Soruşturmaları, s.58.

⁶⁵⁴ Kunter, Nurullah, Tehlike Tedbirleri Genel Teorisi ve Para Cezaları İçin İcrai ve İhtiyati Haciz, İÜHFİM, C.34, S.1-4., İstanbul 1969, s.28.

⁶⁵⁵ Kunter/Yenisey, Ceza Muhakemesi, s.559, 560.

bakımından bir ilgisi yoktur⁶⁵⁶. Bu tedbir meşruluğunu; devletin kişinin ve toplumun güvenliğini, huzurunu sağlama görevinden alır ve daha çok idari nitelik taşımaktadır. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin ön plana çıkan iki önemli yönü gizliliği ve istihbarata yönelik oluşudur.

İletişimin denetlenmesi tedbirine tehlike yakın olduğu hallerde başvurulduğunda ise tedbir koruma tedbiri niteliğini alır. Bu durumda başvuru ile iletişimin denetlenmesi tedbiri adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri olarak adlandırılmaktadır. Tehlike uzak yada yakın olsun henüz suç işlenmemiş ve icra hareketleri de başlamamış ise suç işleme tehlikesi önlenmeye çalışılır ve önleme tedbirlerine başvurulur. Bu tedbire başvurmak için ise en azından somut bir tehlike halinin bulunması gerekir⁶⁵⁷. Diğer yandan koruma tedbirleri bakımından aranan gecikmede tehlike koşulu önleme tedbirleri bakımından söz konusu değildir. Bu tedbirlere başvurulurken “ne olur ne olmaz” denilmekte ve ihtiyatlı davranılmaktadır⁶⁵⁸. Bu itibarla önleme tedbirine başvurulması için genel ve ortaya çıkması mümkün herhangi bir tehlikenin bulunması yeterlidir⁶⁵⁹.

Tehlike tedbirlerinin icrası aşamasında kolluk da suç öncesi ve suç sonrası kolluk olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Suç öncesi kolluğun işlevi suçu önlemektir. Bu doğrultuda faaliyeti idari nitelik taşımakta, idari kolluk makamları ve personeli tarafından yürütülmektedir. İdari kolluk için önemli olan kamu düzeninin bozulmasını önlemek, bozulan düzeni süratle yeniden tesis etmek, insanları kurallara riayet ettirmek, kişi hak ve özgürlüklerine saygıyı sağlamaktır⁶⁶⁰. Genel olarak idari kolluğun görevleri yetkili makamların emirlerini yerine getirmek, kanunların emirlerinin yerine getirilmesi için kişilerin hareketlerini denetlemek, kamu düzeninin bozulmasını engellemek ve güçlük içinde olan

⁶⁵⁶ Günümüzde kolluğun suçla önleyici mücadele kavramına verdiği anlam değişmiş, kolluğun tehlikeyi önleme görevi suçun takibi için tedbir almak, suçu önlemek ve bunun yanında gelecekteki tehlikeleri önleyebilmek amacıyla hazırlık yapmak olarak anlaşılmaya başlanmıştır. Bu durum ceza hukukunda failin topluma kazandırılması görüşünün yerini “suçun önlenmesi için korkutma” görüşüne bırakması sonucunu doğurmuştur. Yenisey, Feridun, Organize Suçlulukla Mücadele, s.105.

⁶⁵⁷ Özbek’e göre; polisin suçla önleyici mücadelesine hizmet eden ön alan tedbirlerine, bir başlangıç şüphesi yada somut bir tehlikenin bulunmadığı ön alan olarak adlandırılan aşamada başvurulabilir. Bkz. Özbek, Ön Alan Soruşturmaları, s.59.

⁶⁵⁸ Kunter, Tehlike Tedbirleri, s.29.

⁶⁵⁹ Özbek, Ceza Muhakemesi, s.411.

⁶⁶⁰ Onar, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.III, İstanbul 1960, s.1469; Doktrinde bir görüşe göre; Toplumun, kamunun düzen ihtiyacı vardır. Ama her zaman ihlaller, kurallara uymayanlar görülür. Bir yandan uyulması gereken, önceden belli, objektif, genel kurallar konulmalı; diğer yandan da bu kurallara uyulması sağlanmalıdır. Bütün bu düzenlemeler ve uygulamalar ise idari kolluğu oluşturur. Bu nedenle idari kolluk denilince, kolluk personeli, araç ve gereçlerinden önce, yapılan faaliyet akla gelmelidir. Bu faaliyet önleyici, düzenleyici ve koruyucudur. Bkz. Yayla, Yıldızhan, İdare Hukuku, İstanbul 1990, s.53.

vatandaşın yardımına koşmaktadır⁶⁶¹. Genel idari kolluk makamları; bakanlar kurulu, içişleri bakanı, vali, kaymakam ve bucak müdürleridir. Genel idari kolluk personeli de polis ve jandarmadan oluşmaktadır. Özel idari kolluk personeli ise; köy kolluğu, belediye kolluğu, gümrük kolluğu ve sahil güvenlik personelinde oluşmaktadır⁶⁶². Ülkede kamu düzenini ve güvenliğini korumak esasen İçişleri Bakanlığının görevidir. Bu görev ise il sınırları içinde vali, ilçe sınırları içinde ise kaymakam eliyle yürütülür. Vali ve kaymakamlar da kamu düzenini sağlama görevini polis ve jandarma vasıtasıyla yerine getirirler⁶⁶³. Vali il sınırları içinde bulunan ve önleyici görev yapan genel ve özel idari kolluğun amiridir (İl İdaresi Kanunu m.11)⁶⁶⁴. İdari kolluğun suç sonrası aşamadaki görevi ise; suçu aydınlatmak ve suçluyu cezalandırmak konusunda diğer soruşturma organlarına yardım etmektir. Diğer bir ifadeyle idari kolluk önleyici kolluk tedbirleriyle, beklenebilen fakat henüz gerçekleşmemiş bir menfaat ihlalinin önlenmesini amaçlar⁶⁶⁵.

⁶⁶¹ Soyaslan, Ceza Muhakemesi, s.141.

⁶⁶² İdari kolluk güçleri şeması için bkz. Gözübüyük, A. Şeref, Türkiye'nin Yönetim Yapısı, Ankara 2001, s.46.

⁶⁶³ Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, 126.

⁶⁶⁴ Bkz. 10.06.1949 T. ve 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu. (18.06.1949 T. ve 7236 sayılı R.G.)

⁶⁶⁵ Doktrinde organik olarak adli ve idari kolluk ayırımına gidilmesinin bir takım sakıncalar içerdiği ifade edilmektedir. Buna göre birinci olarak; adli ve idari kolluğun sorumlu olduğu adli ve idari görev ayırımının tam olarak ve kesin hatlarıyla yapılması mümkün değildir. Diğer bir ifadeyle kolluğun adli ve idari görevi iç içe geçmiştir. Örneğin; toplumsal olaylarda güvenliğin sağlanması idari bir görevdir. Fakat bir toplumsal olay sırasında suç işlenmesi durumunda olaya müdahale edilerek suç işleyen yakalanması adli bir görevdir. İkinci olarak; batı uygulamaları göstermiştir ki, idari kolluk adli olaylara, adli kolluğun görevi olduğu düşüncesi ile müdahale etmemiş, adli kolluk da yapması gereken idari işlemleri, idari kolluğun görevi olduğu düşüncesi ile idari kolluğa havale etmiştir. Bu durum da ülkede güvenlik zaafı doğurmuştur. Üçüncü olarak; bu tip bir ayırım kolluk içinde sınıfsal bir bölünme potansiyel riskini barındırır ve tehlikelidir. Dördüncü olarak ise; adli görevin ifası sırasında suç işleyen kolluk görevlileri hakkında Cumhuriyet savcısında doğrudan dava açılacağından, uygulamada kolluk personeli adli kolluk görevi almak istemeyecektir. Bkz. Eryılmaz, M. Bedri, Ceza Muhakemesi Kanunu ve Adli Kolluk: Adli Kolluk Amirleri, Sorumluları ve Görevlilerinin Belirlenmesi, ABD, Y.65, S.1 Ankara 2007, s. 110, 111. Kanımızca; soruşturmada Cumhuriyet savcısınca verilen görevleri yürütme organından bağımsız olarak yerine getirebilen, alanında uzmanlaşmış ve doğrudan Cumhuriyet Başsavcılığına bağlı soruşturma organı yaratma düşüncesi ile çelişen bu görüş isabetli değildir. Kolluk personelinin Cumhuriyet savcısının adliyeyle ilişkili olarak verdiği görev ve işlerde ilgili kolluk personeli hakkında CMK'nun 161/5 hükmü kapsamında doğrudan doğruya soruşturma yapabilme yetkisinin kolluk personelinin adli kolluk görevi almak istemeyeceği sonucunu doğurabileceği düşüncesi de idareye bağımlı, soruşturmanın tarafsız ve bağımsız olarak yürütülmesi düşüncesi ile çelişen ve yürütme organına bağımlı kalmanın daha güvenceli olduğu zihniyetine dayanan bir düşüncenin sonucudur. Adli kolluk faaliyetlerinde ve dolayısıyla delil toplama konusunda uzman olmayan kolluk personelden kaynaklanan çeşitli ihlaller nedeni ile elde edilen delillerin hukuka aykırı delil sayılmasına sebebiyet vermesi ve bunun da ceza muhakemesini çoğu kez işlemez hale getirdiği uygulamada yadsınamaz. Suçu aydınlatma yükümlülüğünü getiren CMK, başta işkence olmak üzere birçok yasak sorgu metodlarını düzenleyen CMK'nun 147. maddesi, hukuka aykırı delillerin muhakemede kullanılamaması sonucunu doğuran CMK'nun 217/2 hükmü karşısında; alanında uzmanlaşmış bir adli kolluk teşkilatının önemi açıkça ortaya çıkmaktadır. Bunun önemi ülkemizdeki kolluğun insan hakları ihlallerine ilişkin olarak AIHM önünde görülen davalardan da açıkça anlaşılmaktadır. Gerçekten kolluğun ifade alma ve delil elde etmekteki bilgi eksikliği Türkiye'nin bazı davalarda mahkum edilmesine neden olabilmektedir. Bkz. Tezcan, Durmuş, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Adli Kolluk, Ceza Adalet Sistemi ve Polis Sempozyumu, Ankara 1998, s.173 vd.; Özbek, Ceza Muhakemesi, s.202.

Her toplumda idarenin başlıca görevi kamu düzenini korumak ve böylece bireylerin ve toplumun güvenlik, sağlık ve esenlik içinde yaşamasını sağlamaktır⁶⁶⁶. İdare bu görevini idari kolluk faaliyeti ile yerine getirir. İdari kolluğun amacı kamu düzenini sağlamak olduğundan faaliyeti düzenleyici niteliktedir. Adli kolluğun amacı ise suçları koğuşturmak, suçluları ve kanıtları saptayıp yargı yerlerine teslim olduğundan faaliyeti bastırıcı nitelik taşımaktadır⁶⁶⁷. Esasen kolluk kavramı içeriğinde bir tek işlevi barındırır; bu da kollamaktır. Bu kavramın ise; korumak ve araştırmak olmak üzere iki yönü bulunmaktadır. Koruma ile kastedilen, toplumu suça karşı korumaktır. Bu ise önleme ve yardım şeklinde ortaya çıkar. Kolluğun araştırma işlevi ise suçu ve suçluyu araştırmaktır. Bu kapsamda kolluğun koruma ve araştırma işlevi nedeniyle önleyici ve adli kolluk olmak üzere ikiye ayrıldığı, idari ve adli kolluk ayrımının da buna dayandığı söylenebilir⁶⁶⁸. Esasen idari kolluk ile adli kolluğun kuramsal olarak birbirinden ayrılması mümkün ise de; uygulamada bunların gerek organik, gerekse görevsel olarak karışmış ve hatta kaynaşmış halde oldukları görülmektedir. Gerçekten her iki kolluğun görevi çoğu kez aynı personel ve makamlar tarafından yerine getirildiği gibi, çoğu olay yada durumda idari kolluk faaliyetinin nerede bittiği ve adli kolluk faaliyetinin ne zaman başladığı da tam olarak kestirilememektedir⁶⁶⁹.

Devletin genel güvenliğinden sorumlu siyasi kolluğun görevi ise; devlet ve ulusun üst düzeyde varlık ve birliğini korumak, devletin bağımsızlığına, bütünlüğüne, ülkenin ve ulusun bölünmezliğine, Cumhuriyet ve demokrasiye karşı içten ve dıştan gelebilecek tehlikelere karşı koruma sağlamaktır. Kamu düzenini sağlayarak koruma görevini yerine getiren idari kolluktan da bu yönüyle ayrılmaktadır. Siyasi kolluk görevi Başbakanlığa bağlı Milli İstihbarat Teşkilatı tarafından yürütülmektedir⁶⁷⁰.

⁶⁶⁶ Günday, İdare Hukuku, s.259, 260; Gözübüyük, Yönetim Hukuku, s.270. Kamu düzeninin üç temel unsuru bulunmaktadır. Bunlar güvenlik, esenlik ve sağlıktır. Güvenlik; bireylerin can ve mallarının saldırılara, kazalara karşı korunması; hatta bireylerde bu tür saldırıların, tehditlerin ve tehlikelerin bulunmadığı kanısının varlığı anlamına gelmektedir. Sağlık; toplumun hastalıklardan, salgınlardan uzak yaşaması anlamına gelmektedir. Esenlik ise; toplumun dirliği, rahatı, huzuru anlamına gelmektedir. Nelerin esenliği ihlal ettiği ise toplumun düzeyine, olayın meydana geldiği yer ve zamana göre belirlenebilir. Esenlik kavramının içine kamunun huzurunu, dirliğini ihlal edebilen, estetik, iktisadi hatta ahlaki konular da sokulabilir. Bkz. Yayla, İdare Hukuku, s.52, 53.

⁶⁶⁷ Doktrinde terim olarak adli kolluk dışında adli zabıta, adli polis, suç polisi, suç kolluğu gibi terimler kullanıldığı görülmektedir. Bkz. Onar, Umumi Esaslar, s.1469; Erem, Ceza Yargılaması Hukuku, s.225 vd.; Tosun, Suç Kolluğu, s.12 vd.; Şafak, Ali, Emniyet Teşkilatı: Kısımları, Görevleri, Ceza Hukuku El Kitabı, İstanbul 1989, s.305.; Yenisey, Feridun, Zabıta ve “Adli Kolluk Kanunu Tasarısı” İçel/Yenisey, Ceza Kanunları, TCK, CİK, CMUK, İstanbul 1994, s.27-38.; Diğer yandan polis terimi yerine kolluk ve zabıta gibi terimler de kullanılmaktadır. Bkz. Sokullu, Akıncı Füsün, Polis, Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi Polis Alt Kültür ve İnsan Hakları, İstanbul 1990, s.127.

⁶⁶⁸ Kunter, Nurullah, Reformlar ve Suç Kolluğu, İHFM., 1972, C.37, S.1-4, s. 75 vd.

⁶⁶⁹ Duran, İdare Hukuku, s.251; Onar, Umumi Esaslar, 1470.

⁶⁷⁰ Gözübüyük, Türkiye’nin Yönetim Yapısı, s.46.

Bir insan grubunun gerçek anlamda bir toplum olmasına olanak veren iç barış anlamına gelen kamu düzeni idari kolluk alanında iki düzeyde belirleyici rol oynar. Bir yandan kamu düzeninin öğeleri kolluk makamlarının müdahale alanına sınırlar çizer. Böylece kolluk gücü ancak halkın güvenlik, dirlik, sağlığı öğelerinde somutlaşan “olağan” düzeni korumak için harekete geçebilir. Bu öğeler kamunun maddi öğelerini ifade eder. Diğer yandan kamu düzeninin bozulması ve buna yönelen tehditler, idari kolluk işlemlerinin gerekçesini oluşturur. Tehlikelerin ciddiyeti ve boyutu, yasal çerçevede alınması gereken önlemlerin ölçüsünü belirler. Bu bakımdan kamu düzenine yönelik gerçek bir tehdit bulunması, önlemlerin zorunlu bulunması ve tehlikelerle orantılı bulunması, zaman ve mekana ilişkin koşullar dikkate alınarak yapılması, idari kolluk işlemlerinin geçerlilik koşulunu oluşturur. Kısaca kolluk önlemleri eğer zorunluysa yasaldir, toplum düzenine yönelen tehditlerle orantılıysa gereklidir⁶⁷¹. Bu gereklilik de Anayasanın 13. maddesinde ifadesini bulan ölçülülük ilkesinin içeriğinde yer almaktadır.

Günümüzde organize suçluluk türlerinin oldukça yaygınlaşması ve klasik tedbirlerin suçlarla mücadelede yetersiz kalması karşısında kamu düzeninin korunarak toplumun güvenliğinin sağlanması, soruşturma makamlarını ve idari makamları yeni arayışlara itmiştir⁶⁷². Bu doğrultuda son yıllarda soruşturma makamlarınca, özellikle de polis tarafından ceza muhakemesi öncesinde yeni bir soruşturma evresine ve bu evrede başvurulabilen yeni tehlike tedbirlerine ihtiyaç olduğu ifade edilmiştir. Kolluğun suçla önleyici mücadeleye verdiği anlam değiştiğinden kolluğun tehlikeyi önlemek görevi; suçun takibi için önlem almak, suçu önlemek ve bunun yanında gelecekteki tehlikeleri önlemek amacıyla hazırlık yapmak olarak anlaşılmaya başlamıştır⁶⁷³. Organize suçluluk kavramının genişlemesi sonucu da suçla önleyici mücadele üst kavramını ortaya çıkarmıştır⁶⁷⁴.

⁶⁷¹ Kaboğlu, Özgürlükler, s.93, 94.

⁶⁷² Uluslararası alanda hükümetlerarası kuruluş statüsünü kazanmış olan interpol işlenmiş suça karşı mücadele dışında suçun işlenmesini en iyi biçimde önlemek amacıyla gerek ulusal, gerekse uluslararası önerileri desteklemekte, uzun yıllardan beri birçok uluslararası örgütle ve bu arada insan haklarının korunması açısından Birleşmiş Milletler örgütü ile işbirliği yapmaktadır. Ayrıca kuruluşun milli merkez büroları da suçlara karşı etkin mücadele edebilmek için tüm ulusal kurum ve kuruluşlarla işbirliği yapmaktadır. Nitekim Türkiye’de Emniyet Genel Müdürlüğü Interpol Daire Başkanlığı böyle bir görevle görevlendirilmiş bulunmaktadır. Kuruluşa üye ülkelerin hukuk sistemleri birbirinden farklı olduğundan işbirliği genel ilkeler çerçevesinde ve aşırı şekli kurallara bağlı olmaksızın sürdürülmektedir. Bkz. Tezcan, Durmuş, Uluslararası Suçlulukla Mücadele Interpol ve Faaliyetleri, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul 1998, s.362, 363.

⁶⁷³ Özbek, Ön Alan, s.57.

⁶⁷⁴ Bu terim yanında önleyici ceza takibatı, gelecekteki bir ceza takibatı için tedbir alma, önleyici suçla mücadele çerçevesinde ön alan aktiviteleri, aktif önleme, aktif bilgi elde etme, ilk şüphe oluşturma, şüphe eşliğinin öne kaydırılması gibi terimler de kullanılmaktadır. Yenisey ise; bunu suçun önlenmesi için korkutma olarak nitelendirmektedir. Bkz. Yenisey, Organize Suçlulukla Mücadelede, s.105.

Suçla önleyici mücadelenin amacı kolluğa henüz suç işlenmeden önce, özellikle organize suçluluğun çıkış sebebi, yapısı ve lojistiğini nötralize etmek, ortadan kaldırmak ve yok etmek olanaklarını vermektedir. Bu amaca varmak için ise verilere ulaşılması, bunların toplanması, mukayese edilmesi ve saklanması yani verilerin işlenmesine ilişkin düzenlemelere ihtiyaç vardır. Klasik önleme ve koruma tedbirleriyle bu amaca ulaşmanın mümkün olmaması karşısında önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri gibi gizli tedbirlere başvurulması zorunluluğu ortaya çıkmıştır⁶⁷⁵.

Suçla önleyici mücadelenin bir yandan gelecekte işlenecek suçların engellenmesine hizmet etmesi; diğer yandan da gelecekte işlenecek suçların aydınlatılmasını ve faillerinin bulunmasını kolaylaştırması gerektiği ifade edilmektedir. Böylelikle daha sonra girilecek soruşturmanın zaman olarak vaktinden önce yapılması, bu yolla suçla daha etkili mücadele edilmesi, tehlikeye karşı savunmanın ve ceza muhakemesinin daha efektif hale getirilmesi amaçlanmaktadır. Suçla önleyici mücadele, tehlikeye karşı savunma ve ceza takibatının organizasyon, teknik ve operatif yönüne hazırlık oluşturulmaktadır. Bu faaliyet bilgi araştırması yani istibarat tedbirlerinden oluşmaktadır⁶⁷⁶.

Demokratik hukuk devletinin bir gereği olarak kişinin temel hak ve özgürlükleri arasında yer alan haberleşme özgürlüğüne yönelik müdahale niteliği taşıyan ve suçla önleyici mücadelede önleyici kolluk faaliyeti kapsamında başvuru, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine ancak kanuni dayanağı olduğu sürece, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygun olması kaydıyla başvurulabilir (Ay. m.22, Ay. m.13, AİHS m.8). Anayasanın 22/2 ve AİHS'nin 8/2⁶⁷⁷ hükümlerinde haberleşme özgürlüğünü sınırlama sebepleri tahdidi olarak sayılmış, sınırlama sebepleri arasında milli güvenlik, kamu

⁶⁷⁵ Günümüzde toplumumuzda yaşanan sosyal çalkantı ve çatışmaların kaynağını bazı kesimlerin siyasal sistem ve alt sistemlere duydukları güvensizlik ve azalttıkları destekten aldığı söylenebilir. Bir sisteme güvensizliğin ve ona yabancılaşmanın en temel öğelerinden birisi bireylerin içinde yaşadıkları sistemin, sorunlarını çözeceğine ilişkin inancı yitirmeleridir. Bireyler toplumun siyasal düzeninin çözüm üreten bir sistem olduğuna inanmıyorlarsa sistem çözülmeye başlar. Örneğin; yargı organları ve dolayısıyla adalet sistemine güvenin azaldığı, davaların yıllarca sürüncemede kaldığı, hakkın zamanında yerine getirilmediği bir ortamda doğan boşluk, yasadışı örgütlenmelerle doldurulmakta ve organize suç örgütleri yaygınlaşmaktadır. Bkz. Dinçkol, Abdullah, Türkiye’de Organize Suçluluk ve Sosyoekonomik Yapı, İstanbul Ticaret Üniversitesi Dergisi, Mayıs 2002, s.100; Ayrıca bkz. Kongar, Emre, İmparatorluktan Günümüze Türkiye’nin Toplumsal Yapısı, C.I, İstanbul 1985, s.223.

⁶⁷⁶ Özbek, Ceza Muhakemesi, s.413.

⁶⁷⁷ AİHS’nin 8. maddesine göre; “Herkes özel ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.

Bu hakkın kullanılmasına ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, suçun ve düzensizliğin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla, hukuka uygun olarak yapılan ve demokratik bir toplumda gerekli bulunan müdahalelerin dışında, kamu makamları tarafından hiçbir müdahale yapılamaz”.

düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi sebeplerine yer verilmiştir⁶⁷⁸. Bu itibarla; haberleşme özgürlüğüne şartları olduğu takdirde kamu makamlarınca yapılacak müdahale ile sınırlama getirilebilmesi, bu kapsamda önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması mümkün hale gelmiştir. AİHM de demokratik toplumların son zamanlarda örgütlü suçlar, casusluk ve terörizm tehdidi ile karşı kaşıya kaldıklarını ve bunların önlenmesi için iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabileceklerini kabul etmektedir⁶⁷⁹.

Türk hukukunda telefon ve benzeri telekomünikasyon araçları ile gerçekleştirilen iletişimin önleme amaçlı denetlenmesi konusunda 2005 yılına kadar mevzuatta bir düzenleme bulunmamaktaydı. Uygulamada 4422 sayılı ÇASÖMK kapsamında istihbarat amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmakla birlikte; 4422 sayılı yasanın 2. maddesinde sadece adli amaçlı iletişimin denetlenmesine imkan tanındığından, mevcut düzenleme önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine dayanak oluşturmaktan uzaktı. Bu sebeple 4422 sayılı yasanın yürürlükte olduğu dönemde, başvuru alan önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirleri hukuka aykırılık teşkil etmekteydi⁶⁸⁰. Zira; bu dönemde önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri tamamen yasal dayanaktan yoksundu⁶⁸¹. Bu boşluğun doldurulması amacıyla önleme amaçlı denetlenmesi tedbiri 5397 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla ayrıntılı olarak düzenlenmiştir⁶⁸². 5397 sayılı yasa ile 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanununa eklenen maddelerle telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin önleme amacıyla tespiti, dinlenmesi,

⁶⁷⁸ Almanya’da suç gerçekleşmeden önce, önleme dinlemesi şeklinde gerçekleştirilmek üzere; Alman Polis Kanunlarında polise bir kısım yetkiler verilmiştir. Çerçeve Polis Kanununun 8c maddesi doğrultusunda Schleswig/ Holstein/ Saarland gibi eyaletlerin polis kanunları; kişinin hayatı tehlikede ise bu tehlikeyi önlemek ve ortadan kaldırmak için kaçınılmaz olduğu hallerde; Baden/ Württemberg Polis Kanunu ise, devletin güvenliği açısından ortaya çıkan ve halen mevcut olan bir tehlike vukuunda, evin içindeki bütün konuşmalar da dahil olmak üzere tüm konuşmaların dinlenmesi konusunda polise yetki vermiştir. Yenisey, Feridun, Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Yöntemleri, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, C. 2, Ankara 2000, s. 118.

⁶⁷⁹ Konuya ilişkin kararlar için bkz. Alderson J. C., İnsan Hakları ve Polis, Çev. İhsan Kuntbay, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara 1989, s.62-64.; AİHM, Almanya’ya karşı Klass ve diğerleri kararında; devletin örgütlü suçlar, terörizm ve casusluk tehdidine karşı etkin bir şekilde mücadele edebilmesi için, kendi egemenlik alanı içinde faaliyet gösteren yıkıcı unsurları gizli gözetime alması gerektiğini, bu nedenle istisnai koşullar altında mektup, posta ve telekomünikasyon üzerinde gizli gözetim yetkisi veren bir kanunun demokratik bir toplumda ulusal güvenlik nedeniyle veya suç ve düzensizliği önlemek için gerekli olduğunu belirtmektedir. Karar metni için bkz. Doğru, İnsan Hakları, C.I, s.246-275.

⁶⁸⁰ Şen, Telefon Dinleme, s.32.

⁶⁸¹ 5397 sayılı kanunla yapılan değişiklik öncesinde; gerek 2397 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanununun 4. ve 6. maddeleri; gerekse 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun 9. maddesi önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin yasal dayanağını oluşturmaktan uzaktı. Şen, Telefonların Gizlice Dinlenmesi, s.731.

⁶⁸² 03.07.2005 T. ve 5397 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun metni için bkz. 23.07.2005 T. ve 25884 sayılı R.G.

sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınması tedbirleri düzenlenerek mevzuatımızda ilk kez önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine yer verilmiştir.

5397 sayılı yasa kolluğa bu yetkiyi vermeden önce kolluk görevi gereği bilgi toplayabilmekte ve gerekli tedbirleri alabilmekteydi. Bu tür bilgi toplama polisin etrafı kollama, istihbarat toplama görevinden kaynaklanmaktaydı⁶⁸³. Bu doğrultuda PVSK'nun ek m.7/1 ve JTGYK'nun 7/a hükmünde yer alan düzenlemeler kolluğa istihbarat faaliyetinde bulunma, bilgi toplama, değerlendirme görev ve yetkisi vermektedir. Ancak kolluğun suçun önlenmesi amacıyla iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurmasına cevaz veren bir düzenleme mevzuatımızda bulunmamakta ve bu nedenle önleyici kolluk faaliyeti çerçevesinde iletişimin denetlenmesi tedbirinin kanuni dayanağı bulunmamaktaydı⁶⁸⁴. Bu haliyle temel hak ve özgürlüklerin ve bu kapsamda haberleşme hürriyetinin ancak kanuni dayanağı olduğu sürece, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygun olarak sınırlanabileceğine ilişkin güvence getiren 1982 Anayasasının 13, 22 ve AİHS'nin 8.⁶⁸⁵ maddelerinde yer alan düzenlemeler karşısında iletişimin önleme amaçlı denetlenmesi tedbiri yasal dayanaktan yoksun kalmaktaydı⁶⁸⁶. Suç işlendiği duyumu ve şüphesi ile hareket eden kolluk birimleri kamu ve özel hukuk tüzel kişileri ile gerçek kişilerden bilgi toplama yetkisine sahip olup, bu kapsamda telekomünikasyon kuruluşlarından da bilgi almaktaydı. Ancak uygulamada kolluğun bu gerekçeyle pozitif hukuka aykırı olarak önleme amaçlı iletişimin denetlemesi tedbirine başvurması; gerekli şartların kanunla düzenlenmesi gerektiği ve ancak hakim kararı alınarak tedbire başvurulması gerektiği

⁶⁸³ Cihan/Yenisey, s.207.

⁶⁸⁴ Sokullu, Polis, s.127.

⁶⁸⁵ AİHS'nin 8/2 maddesinde yer alan “kanuna uygunluk” ifadesi; başvuru tedbirin hukukta bir temel hak ve özgürlük olması gerektirir. Bu ifade ayrıca ilgili kanunun niteliğini de ilgilendirmekte olup; kanunun ilgili kişi tarafından ulaşılabilir olması, bu kimsenin kanunun sonuçlarını önceden öngörülebilmesini, ayrıca kanunun hukuk devletinin unsurlarına uygun olmasını gerektirmektedir. Bkz. Kühn, Avukat Telefonlarının Dinlenmesi, s.100.

⁶⁸⁶ Kolluğun eylem ve işlemlerinin hukuka uygun olması için Anayasada öngörülen temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması şartlarına uygun olması gerekir. Bu nedenle önleyici kolluk tedbirlerine başvurulurken öncelikle Anayasanın 13. maddesinde öngörülen şartlara uygun hareket edilmelidir. Anayasanın 13. maddesinde belirtilen temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırına ilişkin getirilen güvenceler önleyici kolluk faaliyetlerinin Anayasaya uygunluğu bakımından gereklidir ve bunlar aynı zamanda önleyici kolluk yetkisinin sınırını oluşturmaktadır. Bkz. Gözler, Kemal, İdare Hukuku, C.II, Bursa 2003, s.502.

Bu güvenceler şu şekilde sıralanabilir;

- a. Kolluk eylem ve işlemleri kanuna dayanmalıdır.
- b. Sınırlama Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olmalıdır.
- c. Sınırlama Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olmalıdır.
- d. Sınırlama temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunmamalıdır.
- e. Sınırlama “demokratik toplum düzeninin gereklerine” aykırı olmamalıdır.
- f. Kolluk eylem ve işlemi “laik cumhuriyetin gereklerine” aykırı olmamalıdır.
- g. Kolluk eylem ve işlemi “ölçülülük” ilkesine aykırı olmamalıdır.

gerekçesi ile doktrinde eleştirilmekteydi⁶⁸⁷. Ayrıca bu tarz uygulamalar gerek Anayasaya, gerekse AİHS'ne aykırılık teşkil etmekteydi. Kişinin temel hak ve özgürlüklerinden olan haberleşme özgürlüğüne hangi amaçla ve hangi koşullarda müdahale edilebileceğini düzenleyen Anayasanın 22. maddesi⁶⁸⁸ ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırını oluşturan ve ancak kanunla sınırlandırabileceklerini düzenleyen Anayasanın 13. maddesi karşısında, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin olarak yasal anlamda açık düzenlemeler getirilmesi zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Bu doğrultuda 5397 sayılı yasayla getirilen düzenlemelerle önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin kanuni dayanağı oluşturulmuştur. Böylelikle bir ölçüde keyfi uygulamaların da önüne geçilmesi sağlanmıştır.

II. TANIM VE KAPSAM

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin düzenleme getiren 5397 sayılı yasanın 1. maddesinde adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin düzenlendiği CMK'nun 135. maddesinde olduğu gibi iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi terimlerinin kullanıldığı görülmektedir. Çalışmamızın ikinci bölümünde yer alan adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin açıklamalarımızda, tanım başlığı altında aynı kavramlar açıklandığından, gereksiz tekrardan kaçınmak amacıyla 5397 sayılı yasada iletişimin denetlenmesi tedbiri kapsamında düzenlenen tedbirlerin tanımı için bu bölümdeki açıklamalarımızın dikkate alınmasını öneriyoruz.

Telekomünikasyon her türlü işaret, sembol, ses ve görüntünün, elektrik sinyallerine dönüştürülebilene her türlü verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınmasını ifade ettiğinden elektronik ortamdaki iletişimin önleyici kolluk faaliyeti çerçevesinde denetlenebilmesi mümkündür.

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi işlemlerini iletişim seçeneklerinden biri ve en önemlisi olan telefon görüşmeleri bakımından iki temel unsura

⁶⁸⁷ Cihan/Yenisey, s.210, 211.

⁶⁸⁸ Doktrinde; Anayasanın 22/2 maddesinde yer alan; “İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunla belirtilir.” hükmünün, bir istihbarat kanunu yapılmasının yolunu açtığı, ayrıca gecikmede sakınca bulunan hallede savcının değil kanunla yetkili kılınan merciin yazılı emrinin aranmasının ihtiyaçlara cevap verir bir düzenleme olduğu, suçla mücadelede savcının değil kanunla yetkili kılınan merciin yetkili kılınmasının önemli bir düzenleme olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Öztürk, Bahri, Avrupa Birliğine Uyum Yasalarının Ceza Muhakemesine Etkileri, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004, s.730, 731.

ayırarak açıklamak mümkündür. Bunlar; telefon görüşmeleri içerik bilgisi ve faturalama bilgileridir. Birinci unsur olan içerik bilgisi iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması işlemlerinin konusunu oluşturmaktadır. İkinci temel unsur olan faturalama bilgisi ise; sunulan iletişim hizmeti karşılığında alınacak ücrete temel teşkil eden bilgileri kapsamaktadır. GSM firmalarının ülke çapında kurmuş oldukları baz istasyonları belirli bir kapsama alanı oluşturmakta, kişilerin iletişim hizmeti alabilmesi için bu kapsama alanı içinde bulunmaları gerekmektedir. Kapsama alanı içinde olan telefonlar baz istasyonlarıyla sinyal alış verişi yaparak haberleşmektedir. Bu haberleşme ise telefonun düzenli olarak göndermiş olduğu sinyale, baz istasyonunun vermiş olduğu cevapla sağlanmaktadır. Sinyal bilgileri kişinin telefon numarasını, telefonun seri numarasını, görüşmenin olduğu yer bilgisini, aranan kişilerle ilgili bilgileri kapsamaktadır. Bu tedbirde kişiler arasındaki iletişim trafiğinin görüşme içeriğine başvurulmaksızın izlenmesi ve anlamlandırılması söz konusudur. Sinyal bilgileri ile şüpheli veya sanık takip edilerek aynı güzergahtan, aynı zaman dilimi içerisinde geçmiş olan kişilerin geriye dönük yapılan incelemesi ile bazı bilgilere ulaşılmaya çalışılmaktadır⁶⁸⁹.

5397 sayılı yasa ile getirilen düzenlemede iletişimin tespiti, dinlenmesi, kaydedilmesi ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi olmak üzere dört tür iletişimin denetlenmesi tedbirine yer verilmiştir. Ancak 5397 sayılı yasada CMK'nun 135. maddesinde düzenlenen mobil telefonun yerinin tespiti tedbirine yer verilmemiştir. Zira; mobil telefonun yerinin tespiti tedbirine şüpheli veya sanığın yakalanması amacıyla başvurulduğundan ve önleyici kolluk faaliyetlerinde ortada işlenmiş bir suç, kaçan bir şüpheli veya sanık bulunmadığından, bu tedbire önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri kapsamında yer verilmesi anlamlı değildir⁶⁹⁰. Diğer yandan 5397 sayılı yasada telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin önleme amacıyla tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınması tedbirleri yanında, teknik araçlarla önleme amacıyla izleme tedbirine de yer verilmiştir. Ancak bu iki gizli soruşturma tedbiri dışında CMK'nda yer alan diğer gizli soruşturma tedbirlerinden gizli soruşturmacı görevlendirme tedbirine 5397 sayılı yasada yer verilmemiştir. Bu nedenle yasal dayanağı bulunmadığından gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirine önleyici kolluk faaliyetleri kapsamında başvurulması olanağı bulunmamaktadır.

⁶⁸⁹ Şahin, Ceza Muhakemesi, s.267.

⁶⁹⁰ Taşkın, Telekomünikasyon, s.193.

5397 sayılı yasa ile mevzuatımıza giren önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirleri iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi işlemlerini kapsamına aldığından; CMK'nun 135/7 hükmünde yer alan; “Bu maddede belirtilen esas ve usuller dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemez ve kayda alamaz” hükmünün bir anlamı kalmamıştır⁶⁹¹.

Uygulamada önleyici kolluk faaliyetleri kapsamında özel niteliği bulunan yukarıda belirttiğimiz iletişim bilgileri yanında, diğer bazı iletişim bilgilerine de ihtiyaç duyulabilmektedir. Bu kapsamda değerlendirilen diğer iletişim bilgileri arasında; abone ismi, abone adresi, abone kimlik bilgileri, telefon numarası, imei numarası, sorgusu veya eşleştirmesi, ip sorgu bilgileri, sim kart bilgisi ve eşleştirmesi, imsi bilgisi, puk numarası bilgisi, kontör kartları bilgisi ve eşleştirmesi, roaming bilgisi, telefonun açık olup olmadığı bilgisi gibi bilgiler bulunmaktadır. Bu tür bilgilerin elde edilmesinde, istihbarat servislerinin genel bilgi isteme ve bilgi alma yetkileri çerçevesinde işlem yapılması gerekir. TİB'nin bu noktada bir görevi ve yetkisi bulunmamaktadır. Gerçekten PVSK'nun ek 7. maddesinin 6. fıkrasında; “Ayrıca kamu kurum ve kuruluşları ile kamu hizmeti veren kuruluşların ihtiyaç duyulan bilgi ve belgelerinden yararlanabilmek için gerekçesini de göstermek suretiyle yazılı talepte bulunulabilir. Bu kurum ve kuruluşların kanuni sebeplerle veya ticari sır gerekçesiyle bu bilgi ve belgeleri vermemeleri halinde ancak hakim kararı ile bu bilgi ve belgelerden yararlanılabilir” hükmü yer almaktadır. Aynı hüküm JTGYK'nun ek 5. maddesinin 5. fıkrasında da yer almaktadır⁶⁹². Bu nedenle bu tür bilgilerin toplanması kolluğun bilgi toplama faaliyeti kapsamında değerlendirilmeli ve belirttiğimiz düzenlemelere dayalı olarak haberleşme hürriyetine sınırlama getirmeyen alanda istihbari çalışmalar yapılabilirdir.

⁶⁹¹ Özbek'e göre; gizli soruşturma tedbirlerine önleme amacıyla başvurulabiliyor olması, bu tedbirlere CMK hükümleri çerçevesinde başvurulmasını hemen hemen gereksiz kılmıştır. Diğer yandan yazara göre; CMK'nun 135/7 hükmünde yer alan ve telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirine istihbarat amacıyla başvurulmasını önlemeye yönelik olan düzenlemenin, 5397 sayılı yasa ile önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin olarak getirilen düzenlemeler karşısında bir anlamı kalmamıştır. Bkz. Özbek, Ceza Muhakemesi, s.174.

⁶⁹² Taşkın, Telekomünikasyon, s.195, 196; 2937 sayılı MİT Kanununun 6. maddesinin birinci fıkrasının b bendinde de aynı içerikte bir hüküm yer almaktadır. Buna göre MİT; “Bakanlıklar ve diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu hizmeti veren kuruluşlara ait arşivlerden elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim alt yapısından kendi görev sahasına giren konularda yararlanabilmek, bunlarla irtibat kurabilmek, bilgi ve belge alabilmek için gerekçesini de göstermek suretiyle yazılı talepte bulunabilir”.

III. KOLLUĞUN BİLGİ TOPLAMA FAALİYETİ VE TELEKOMİNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ

Bireylerin kendilerini ilgilendiren konularda bilgiye ihtiyaç duyup, yakın çevresi ve toplum ile ilişkilerini bu bilgiler sayesinde sağlıklı şekilde yürütmesi gibi; devletin de kendisini oluşturan tüm faaliyetlerini, müessese ve kurumlarıyla görev ve sorumluluklarını yerine getirmek için faaliyet alanlarıyla ilgili bilgilere ihtiyacı bulunmaktadır. Devletin ihtiyaç duyduğu bu bilgilere ulaşmak için yürüttüğü faaliyet ise bilgi toplama faaliyetidir. Devlet, bütün organlarıyla temel unsurlarından biri olan milleti teşkil eden fertlere; emniyet, huzur ve güvenlik içinde yaşamalarının, gelişmelerinin, sosyal refahlarının, yönetime katılmalarının, hak ve hukuklarını korumalarının imkanını sağlar ve bu amaca ulaşmak için de hem kendisine, hem de fertlere görev ve sorumluluklar yükler. Fertlerin can, ırz, mal dokunulmazlıklarının, kişi dokunulmazlıklarının, tasarruf ve emniyetlerinin sağlanması ve korunması görevi devletindir. Bunun yanında toplumda insan haklarının gerçekleştirilmesi, adaletin sağlanması, toplumsal barış ve kamu düzeninin temin edilmesi de hukuk devletinin varlık sebebidir.

Kamu düzeninin ve toplum huzurunun korunması, bir yerde devletin kolluk teşkilatının ve bu teşkilat mensuplarının da varlık nedenini teşkil eder⁶⁹³. Suç oranındaki artış kamu düzenini tehdit eder boyuta ulaşmış ise, bu durum kolluğun varlık sebebini yerine getiremediğinin göstergesidir. Suç oranındaki artış hukuk devletinin de itibarını zedeleyeceğinden ve toplumda bırakacağı yara derin olacağından, suçun işlenme oranını en aza indirmek hukuk devletinde büyük önem taşımaktadır⁶⁹⁴. Bu noktada suç öncesinden başlayarak, failin cezalandırılmasına kadar uzanan gelişmelerde bilgi toplama faaliyeti ve bu kapsamda iletişimin denetlenmesi tedbiri büyük önem taşımaktadır.

Hukuki bir kavram olarak bilgi toplama faaliyeti; “kamu düzenini bozabilecek tehlikeleri veya henüz işlenmemiş bir suçu önlemek için veya eğer suç işlenmiş ise fiil ve fail hakkında ileride delil olabilecek şeylere ulaşmak için, ihtiyaç duyulan bilgilerin elde edilmesi faaliyeti” olarak tanımlanabilir. İleride işlenebilecek bir suçun önlenmesi amacıyla kolluğun bilgi toplama faaliyetine girişebilmesi için, belli olayların ortaya çıkmış olması ve bu olaylara

⁶⁹³ Hafızogulları, Zeki, İnsan Hakları, Polis Görev ve Yetkisi, AÜHFD., C.44, S.1-4, Ankara 1995, s.568.

⁶⁹⁴ Öztürk, Bahri, Tasarıda ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Delil Yasakları, Ceza Hukuku Reformu, (Sempozyum 20-23 Ekim 1999), İstanbul 2001, s.205.

dayanan şüphenin belli kişi yada gruplar üzerinde yoğunlaşmış olması gereklidir. Bu aşamada söz konusu olan şüphe tahmin niteliğinde basit şüphedir. Bir ihbar üzerine, mesleki tecrübelerle dayalı olarak hissedilen kuşkuyla veya sosyolojik ve kriminolojik araştırmalar ile suç istatistiklerinden çıkarılacak bilimsel bulgulardan, bu şüpheye ulaşmak mümkündür. Şüphe olgusu teker teker sayılarak belli kriterlere bağlanamaz ise de; bu şüpheyi haklı gösterecek makul nedenler bulunmalı, şüphede haklılık koşulu dikkate alınmalıdır. Şüphede haklılık koşulu bakımından ortada bir hak varsa, onu korumak için kişilerin hak ve hürriyetlerinin kısıtlanmasına yol açacak faaliyetlere başvurulması kabul edilebilir⁶⁹⁵.

Henüz suçun söz konusu olmadığı aşamada suç yolunda olduğu şüphesi uyandıran kişi yada gruplar bulunmaktadır. Kolluğa suç işlenmeden önce soyut rizikolara karşı gelecekteki bir ceza muhakemesi için müdahale olanakları verilmesi, aslında polisin zorlayıcı yetkisinin vaktinden önce uygulanması sonucunu doğurur ve kolluğun sadece ve doğrudan amacı olan kamu güvenliği ve düzeninin idame ettirilmesi amacını aşar. Devlet tarafından icra edilen gizli soruşturma tedbirlerinin hukuk devleti ve özgürlükçü demokrasiye dayalı devletteki “devletin hareketlerinin açıklığı ilkesi” ile bağdaştırılması da güç görünmektedir. Devlet tarafından uygulanan tedbirler bireyleri sadece obje haline getiriyorsa, artık insan haysiyetinden söz etmek mümkün değildir. Bunun dışında, Anayasal garanti altına alınan ceza muhakemesi ve önleyici kolluk tedbirlerinin hakim kontrolüne tabi tutulması gerektiği de hukuk devleti ilkesinin bir sonucudur. Temel haklara gizli müdahaleler ancak insan haysiyetini ihlal etmedikleri müddetçe kabul edilebilir⁶⁹⁶.

Bir insan grubunun gerçek anlamda bir toplum olmasına olanak veren iç ve dış barışı ifade eden kamu düzeni kavramı önleyici kolluk alanında iki düzeyde belirleyici rol oynamaktadır. Bir yandan kamu düzeni öğeleri, kolluk makamlarının müdahale alanına sınırlar çizer. Böylece kolluk gücü ancak halkın güvenlik, dirlik ve sağlığı öğelerinde somutlaşan “olağan” düzeni korumak için harekete geçebilir. Bu öğeler kamunun maddi düzenini ifade eder. Diğer yandan kamu düzeninin bozulması ve buna yönelen tehditler, önleyici kolluk işlemlerinin gerekçesini oluşturur. Tehlikelerin ciddiyeti ve boyutu, yasal çerçevede alınması gereken önlemlerin ölçüsünü belirler. Bu bakımdan, kamu düzenine yönelik gerçek bir tehdit bulunması, önlemlerin zorunlu olması ve tehlikelerle orantılı olması, zaman ve mekana ilişkin koşullar dikkate alınarak yapılması, önleyici kolluk işlemlerinin

⁶⁹⁵ Bkz. Kunter, Tehlike Tedbirleri, s.31.

⁶⁹⁶ Özbek, Ceza Muhakemesi, s.164.

geçerlilik ölçüsünü oluşturur. Kısaca önleyici kolluk işlemleri şayet zorunluysa yasaldır, toplum düzenine yönelen tehditlerle orantılıysa gereklidir⁶⁹⁷. Bu gereklilik de ölçülülük ilkesinin içeriğinde yer almaktadır. Bu nedenle idari kolluk faaliyetlerinde ve özellikle önleme amaçlı telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinde birey ve toplulukla idare temel hak ve özgürlükler alanında karşı karşıya geldiklerinden kamu düzeni kavramının içeriğinde yer alan bu sınırlama ve gerekçeler dikkate alınmalı, idari kolluk faaliyetinin temel amacının kamu düzeni olduğu unutulmamalıdır.

IV. ÖNLEME AMAÇLI İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİNİN UYGULANMA KOŞULLARI

A. Tedbirin Uygulanabileceği Suçlar Bakımından

Mevzuatımızda adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinde olduğu gibi, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından da tedbire başvurulabilecek suçların sınırlandırılması yöntemi benimsenmiştir⁶⁹⁸. Sadece belirli niteliği taşıyan suçlarla ilgili olarak iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması uluslararası standartlara uygundur⁶⁹⁹. Diğer yandan 5397 sayılı yasayla önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurma yetkisinin sınırlayıcı olarak üç ayrı kuruma verildiği görülmektedir. Bunlar; polis, jandarma ve Milli İstihbarat Teşkilatıdır.

Kolluk; devletin ve ülkenin bölünmez bütünlüğüne, Anayasal düzenine ve genel güvenliğe dair önleyici ve koruyucu tedbirler almak, emniyet ve asayiş sağlamaya üzere ülke seviyesinde istihbarat faaliyetinde bulunma, bu amaçla bilgi toplama, değerlendirme, yetkili mercilere veya kullanma alanına ulaştırma görevlerinin yerine getirilmesine yönelik olarak

⁶⁹⁷ Kaboğlu, Özgürlükler, s.93, 94.

⁶⁹⁸ İtalya’da önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri Ceza Muhakemesi Kanununda düzenlenmekle birlikte uygulanması adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinden farklı şartlara tabi tutulmuştur. Bu kapsamda önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin organize suçlar, adam öldürme, gasp, adam kaçırma suçları bakımından uygulanabilmesine imkan tanınmıştır. Diğer yandan denetim sonucu elde edilen delillerin ceza yargılamasında delil olarak kullanılması yasaktır. Almanya’da adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri ile önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri birbirinden ayrılmıştır. Federe devletlerin düzenlemelerinde esas almaları gereken çerçeve polis kanunu suçun önlenmesi amacıyla iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmasını öngörmektedir. Bazı eyaletlerde de kişinin hayatına yönelik tehlikelerin önlenmesi amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmasına olanak tanınmıştır. Bkz. Geleri, Aytekin/İleri, Hakan, Organize Suçlarla Mücadelede Gizli ve Örtülü Yaklaşımlar, Ankara 2003, s.107-115; Erdem/Özbek, Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi, s.256.

⁶⁹⁹ Kunter/Yenisay/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi, s.708, 709.

önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine ancak sınırlı sayıda suçlara ilişkin olarak başvurulabilir. Bu suçlar polis, jandarma ve Milli İstihbarat Teşkilatı bakımından farklılıklar arz etmektedir. PVSK'nun ek m.7/2 ve JTGYK ek m.5 hükümleri uyarınca polis ve jandarmanın önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurabileceği suçlar şu şekilde sıralanabilir;

- a. Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçu,
- b. Haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlar,
- c. Casusluk suçları hariç ikinci kitap dördüncü kısım dört, beş, altı ve yedinci bölümde yer alan suçlar (305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332. maddeler hariç).

Polis ve jandarma tarafından önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulacak suçların örgütlü suçlar, devlet güvenliği ve anayasal düzen aleyhine işlenebilecek suçlar olduğu görülmektedir. Tedbire konu olabilecek suçlar arasında ilk sayılan suçun ise uyuşturucu imal ve ticareti suçu olduğu görülmektedir. Bu suçun örgütlü olarak işlenmeye çalışılması halinde tedbire başvurulabilecektir. Bireysel olarak uyuşturucu imal ve ticareti suçu işleyeceği öngörülen kişi hakkında bu önleyici kolluk tedbirinin uygulanması mümkün değildir. Diğer yandan örgüt faaliyeti çerçevesinde uyuşturucu imal ve ticareti suçu bakımından örgütün şiddete dayalı faaliyette bulunması aranmamaktadır. Uyuşturucu imal ve ticareti suçu esasen TCK'nun 188. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemede uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin nelerden ibaret olduğu belirtilmediği gibi, bunların teker teker tanımlanması yoluna da gidilmemiştir. Bunun nedeni uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin ve aynı etkiyi yapan ilaç ve sentetiklerin kötüye kullanılmalarının yaptırım altına alınarak, sınırlayıcı düzenlemeye gidilmeksizin güçlü bir sosyal savunma sağlanmasıdır. Böylelikle psikotrop madde olarak, uyuşturucu veya uyarıcı etkisi yapan ve kişide bağımlılık meydana getiren tüm maddelerin bu suçun konusunu oluşturabileceği kabul edilmiştir. Bu kapsamda örgütlü olarak uyuşturucu imal ve ticareti suçunun önlenmesi amaçlı 5397 sayılı yasayla getirilen düzenlemelere dayalı olarak telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilecektir.

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine konu olabilecek diğer bir suç tipi ise; haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlardır. CMK'nun 250. maddesinin 1. fıkrasının b bendinde yer alan bu suça yer verilerek önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanma alanı genişletilmiştir. Tedbirin bu hükme dayalı olarak uygulanabilmesi için öncelikle ortada bir örgüt olmalı, bu örgüt haksız kazanç sağlamak amacıyla kurulmuş olmalı, ayrıca örgüt cebir ve tehdit yöntemleri kullanarak suç işlemeyi amaçlamalıdır⁷⁰⁰. İnsan ticareti, şantaj, tehdit, yağma, fuhuş ve ihaleye fesat karıştırma suçları bu kapsamda değerlendirilebilir. Ancak terör suçlarında haksız kazanç sağlama amacı söz konusu olmadığından bu hüküm kapsamında önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması mümkün değildir⁷⁰¹.

Diğer yandan; CMK'nun 250. maddesi kapsamında casusluk suçları hariç, TCK'nun ikinci kitap dördüncü kısım dört, beş, altı ve yedinci bölümde yer alan suçlara ilişkin olarak (305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332. maddeler hariç) önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilmesi öngörülmüştür. Bu suçlar TCK'nun 302 ve 339. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Hüküm kapsamına devlet güvenliğine karşı suçlar, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, milli savunmaya karşı suçlar ve devlet sırlarına karşı suçlar girmektedir. Düzenlemede istisnalara da yer verildiği görülmektedir. Bunlardan birincisi casusluk suçlarıdır. Casusluk suçlarının önlenmesi polis ve jandarmanın görev alanına girmediğinden, 5397 sayılı yasayla polis ve jandarmaya, bu suçlara ilişkin olarak önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilme olanağı tanınmamıştır. İkinci istisna ise; TCK'nun 305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332. maddelerinde yer alan suçlara ilişkin olarak önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması olanağı bulunmamasıdır. Bu maddelerde düzenlenen suçlar kamu düzeninin bozulmasına yol açmaları bakımından yeterli ağırlıkta görülmediğinden, Anayasanın 13. maddesinde ifadesini bulan ölçülülük ilkesi de nazara alınarak, haberleşme hürriyetine ağır bir müdahale oluşturan önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine bu suçlar bakımından başvurulması olanağı tanınmamıştır.

⁷⁰⁰ Organize suç örgütü bakımından aranan kriterler için bkz. Erdem, Gizli Soruşturma, s.37, 38; Vatan, Zeki, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak İletişimin Denetlenmesi, İstanbul 2009, s.118, 119.

⁷⁰¹ Dönmezer; çıkar amaçlı örgüt suçları ile terör suçlarının örgüt boyutunun birbirine benzemekle birlikte, terörde ihtilalci bir siyasi tutumun söz konusu olduğunu, fakat mafyanın sosyolojik cephesinin çok farklı olduğunu ifade etmektedir. Dönmezer, Sulhi, Çağdaş Toplumda Şiddet ve Mafya Suçları, Cogito Kış-Bahar 1996, s. 215 vd.

Polis ve Jandarma tarafından önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilecek suçlar aynı olmakla birlikte bu iki kolluk gücü tarafından tedbirin uygulanmasında en önemli fark, yer itibarıyla polis ve jandarmanın yetkilerini kendi sorumluluk alanları içinde kullanabilecek olmalarıdır. 2803 sayılı JTGYK'nun 10. maddesine göre; "Jandarmanın genel olarak görev ve sorumluluk alanı; polis görev sahası dışı olup bu alanlar il ve ilçe belediye hudutları haricinde kalan veya polis teşkilatı bulunmayan yerlerdir". Bu itibarla polis şehir ve kasabaların, jandarma ise kural olarak kırsal yörelerin genel kolluk gücüdür. Diğer yandan belediye sınırları içinde olmakla birlikte meskun olmayan ve polis karakollarına uzak olan yerler de jandarma bölgesine dahil edilebilir⁷⁰². Polis İçişleri Bakanlığına bağlı Emniyet Genel Müdürlüğü; jandarma ise yine İçişleri Bakanlığına bağlı Jandarma Genel Komutanlığı bünyesinde teşkilatlanmıştır⁷⁰³. Silahlı askeri bir güvenlik ve kolluk kuvveti olarak tanımlanan Jandarma⁷⁰⁴ Türk Silahlı Kuvvetlerinin bir parçası olmakla birlikte silahlı kuvvetlerle ilgili görevleri, eğitimi ve öğrenimi bakımından Genelkurmay Başkanlığına, emniyet ve asayiş ile ilgili görevleri bakımından ise İçişleri Bakanlığına bağlıdır (2803 SK. m.4)⁷⁰⁵.

Jandarma yukarıda sayılan suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla polisin görev sahası dışında olan veya polis teşkilatı bulunmayan, sorumluluk sahası dahilindeki yerlerde gerçekleştirilen iletişimin önleme amaçlı denetlenmesi tedbirine başvurabilecektir. Yargıtay da; 5271 sayılı CMK'nun, casusluk suçları hariç 250. maddesinin 1. fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla, 2559 sayılı Kanunun ek 7 ve 2803 sayılı Kanunun ek 5. maddeleri uyarınca Emniyet Genel Müdürlüğü ile Jandarma Genel Komutanlığının sadece kendi sorumluluk alanları ile sınırlı olarak telekomünikasyon yoluyla iletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınması yönünde hakim kararı alabilecekleri veya sonradan hakim onayına sunulmak üzere gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkililerinin yazılı emir verebileceğini, Türkiye Cumhuriyetinde yaşayan insanların şüpheli görülerek ülke genelini kapsayacak şekilde iletişimin denetlenmesi

⁷⁰² Özbek, Ceza Muhakemesi, s.200.

⁷⁰³ Gözübüyük, Türkiye'nin Yönetim Yapısı, s.46.

⁷⁰⁴ 2803 S.K. m.3 (12.03.1983 T. ve 17985 sayılı R.G.)

⁷⁰⁵ Her ilde il Jandarma Komutanlığı, her ilçede İlçe Jandarma Komutanlığı mevcuttur. Jandarma il ve ilçelere bağlı köylerde görev ifa etmektedir. Bu amaçla kırsal kesimde jandarma karakolları kurulmuştur. Her karakolun da yer itibarıyla yetki alanları ayrıdır. Jandarma kırsal yörede adli, idari, siyasi görevleri olan bir kurumdur. Suçun işlenmesini önlemek, suçluları yakalamak ve delilleri toplamak, genel güvenliği sağlamakla görevlidir. Personelini subay, astsubay, uzman erbaş ile askerlik hizmeti yapan erbaş ve erler oluşturur. Jandarma Komutanı idari olarak illerde valinin, ilçelerde kaymakamın emrindedir. Ayrıca Cumhuriyet Savcılarını da jandarma komutanının adli kolluk faaliyeti kapsamında amiri konumundadır. Bkz. Soyaslan, Ceza Muhakemesi, s.146, 147.

tedbirine başvurma yönünde hiçbir kuruma yetki verilemeyeceğini; 5271 sayılı CMK'nun 250. maddesinin 1. fıkrasına göre kurulan Ağır Ceza Mahkemelerinin üyelerinin ise üyesi bulundukları mahkemenin yargı çevresi ile sınırlı karar vermeleri gerektiğini ifade etmiştir⁷⁰⁶. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanabileceği suçlar dikkate alındığında bu suçların hem jandarma, hem de polis bölgesinde işlenebilmelerinin mümkün olduğu görülmektedir. Diğer yandan örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi amaçlanan bazı suçlarda; örgüt mensuplarının bir kısmının polis, bir kısmının ise jandarma sorumluluk alanı içinde bulunduğu hallerde yetkinin belirlenmesinde karmaşa yaşanabileceğinden önleyici kolluk faaliyetinin aksaması söz konusu olabilir. Örneğin uyuşturucu maddenin köyde imal edilip, şehir merkezinde pazarlanması amaçlandığında yada kırsal alanda eylem hazırlığı içerisinde olan terörist unsurların şehir merkezinde patlayıcı düzenek hazırlamaları durumunda, yapılması gereken işlem ve yetkili kolluk birimi konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu konuya ilişkin olarak mevzuatta boşluk bulunması nedeniyle kolluk birimlerinin karşılıklı yardımlaşma ve dayanışmayla hareket etmeleri, istihbarata dönüşen bilgilerin karşılıklı paylaşımı içinde olmaları gereklidir. Doktrinde; önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından ortaya çıkabilecek bu tür aksaklıkları önlemek için, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin polis ve jandarma bakımından aynı yasal düzenleme altında ele alınması yoluyla ortaya çıkabilecek yetki çatışmasının önüne geçilebileceği ifade edilmektedir⁷⁰⁷.

⁷⁰⁶ Yargıtay'a göre; "Anayasanın 22. maddesi gereğince kural olarak herkes haberleşme özgürlüğüne sahiptir ve haberleşmenin gizliliği esastır. Ancak, ulusal güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması nedenlerine dayalı olarak hakim kararıyla gizlilik kuralı askıya alınabilir.

Tarafı olduğumuz ve onaylamakla iç hukuk mevzuatına dahil ettiğimiz Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesinin 8. maddesinde de herkesin haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu kurala bağlanmış olup, bu hakka bir kamu otoritesinin müdahalesinin, ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda gerekli olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olması koşuluyla mümkün olabileceği belirtilmiştir.

5271 sayılı CMK'nun, casusluk suçları hariç 250. maddesinin 1. fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla; 2559 sayılı kanunun ek 7 ve 2803 sayılı kanunun ek 5. maddeleri uyarınca Emniyet Genel Müdürlüğü ile Jandarma Genel Komutanlığı, 5271 sayılı CMK'nun 135 ila 138. maddeleri ile sınırları belirlenen çerçevede ve sadece kendi sorumluluk alanları ile sınırlı olarak telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınması yönünde hakim kararı alabilir veya sonradan hakim onayına sunulmak üzere yazılı emir verebilirler.

Anılan yasal düzenlemelerin amaç, kapsam ve gerekçesi birlikte nazara alınıp değerlendirildiğinde; amacı ne olursa olsun hiçbir kuruma demokratik bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyetinde yaşayan insanlar şüpheli görülerek ülke genelini kapsayacak şekilde yetki verilemeyeceği, anılan kanunların ilgili maddeleri gereğince talepte bulunan kolluk birimlerinin bulundukları yerler itibarıyla yetkili olan ve 5271 sayılı CMK'nun 250. maddesinin 1. fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemesi üyelerinin kendi yargı çevreleri ile ilgili karar vermeleri gerektiği, sınırsız bir yetki verilmesi suretiyle iletişimin tespit edilerek dinlenilmesine karar verilemeyeceği, yasakoyucunun amacının da bu olduğu açıktır". Yrg. 9. C.D.'nin, 04.06.2008 T., 2008/874 E. ve 2008/22381 K. sayılı kararı (Yayınlanmamış Yargıtay Kararı).

⁷⁰⁷ Şen, Telefon Dinleme, s.40.

Milli İstihbarat Teşkilatı bakımından sorumluluk alanı bakımından herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. Zira; Milli İstihbarat Teşkilatı tüm ülke çapında istihbarat faaliyeti yürütmekle görevlidir. Jandarma ve polis arasındaki sorumluluk alanına ilişkin farklılıklar Milli İstihbarat Teşkilatı bakımından söz konusu değildir. Jandarma ve polis tarafından verilen yazılı emirlerde sorumluluk alanı ile ilgili bilgilere de yer verilmesi gerekirken Milli İstihbarat Teşkilatı bakımından böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır⁷⁰⁸.

5397 sayılı yasanın 3. maddesi ile Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunun 6. maddesine eklenen hüküm uyarınca⁷⁰⁹; 2937 sayılı yasanın 4. maddesinde sayılan görevlerin yerine getirilmesi amacıyla⁷¹⁰ Anayasanın 2. maddesinde belirtilen temel niteliklere ve demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı halinde, devlet güvenliğinin sağlanması, casusluk faaliyetlerinin ortaya çıkarılması, Devlet sırrının ifşasının tespiti ve terörist faaliyetlerin önlenmesine yönelik olarak önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilecektir.

5397 sayılı yasada önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanabileceği katalog suç tipleri yeterince net olarak belirlenmemiştir. Zira günümüzde halen organize suç

⁷⁰⁸ Taşkın, Telekomünikasyon, s.203.

⁷⁰⁹ 03.11.1983 tarih ve 18210 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunun 6. maddesinde; “Milli İstihbarat Teşkilatı; a) Bakanlıklar ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının yöneticileri ve istihbarat hizmetlerinden sorumlu kişiler ile istihbaratın tevcihi, istihbarat ve istihbarata karşı koyma konularında doğrudan ilişki kurmaya, uygun koordinasyon yöntemlerini uygulamaya, b) Bakanlıklar ve diğer kamu kurum ve kuruluşları arşivlerinden ve elektronik bilgi işlem merkezlerinden kendi görev sahasına giren konularda yararlanmaya ve bunlarla irtibat kurmaya, yetkilidir. Bu kanunda yazılı görevlerin yerine getirilmesi sırasında genel zabıtaya tanınmış olan hak ve yetkilerin, MİT mensuplarından kimlere tanınacağı yönetmelikte belirtilir” hükmü getirilmiş bulunmaktadır.

⁷¹⁰ 03.11.1983 T. ve 18210 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 2937 sayılı kanunun 4. maddesine göre Milli İstihbarat Teşkilatının görevleri şunlardır;

a) Türkiye Cumhuriyetinin ülkesi ve milleti ile bütünlüğüne, varlığına, bağımsızlığına, güvenliğine, Anayasal düzenine ve milli gücünü meydana getiren bütün unsurlarına karşı içten ve dıştan yöneltilen mevcut ve muhtemel faaliyetler hakkında milli güvenlik istihbaratını Devlet çapında oluşturmak ve bu istihbaratı Cumhurbaşkanı, Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri ile gerekli kuruluşlara ulaştırmak.

b) Devletin milli güvenlik siyasetiyle ilgili planların hazırlanması ve yürütülmesinde; Cumhurbaşkanı, Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri ile ilgili bakanlıkların istihbarat istek ve ihtiyaçlarını karşılamak.

c) Kamu kurum ve kuruluşlarının istihbarat faaliyetlerinin yönlendirilmesi için Milli Güvenlik Kurulu ve Başbakana tekliflerde bulunmak.

d) Kamu kurum ve kuruluşlarının istihbarat ve istihbarata karşı koyma faaliyetlerine teknik konularda müşavirlik yapmak ve koordinasyonun sağlanmasında yardımcı olmak.

e) Genelkurmay Başkanlığınca Silahlı Kuvvetler için lüzum görülecek haber ve istihbaratı, yapılacak protokole göre Genelkurmay Başkanlığına ulaştırmak.

f) Milli Güvenlik Kurulunda belirlenecek diğer görevleri yapmak.

g) İstihbarata karşı koymak.

örgütü kavramının üzerinde herkesin uzlaştığı bir tanımı bulunmadığı gibi; 2937 sayılı yasanın yetkiler başlıklı 6. maddesinde, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanabileceği suçların net olarak belirlenmemesi, sınırlarının çizilememesi, tedbirin uygulanabileceği suçlar yönünden belirsizlik yaratmakta, düzenleme kanunların açıklığı ve öngörülebilirliği ilkeleri ile çelişmektedir.

B. Tedbirin Uygulanabilmesi İçin Gerekli Şüphe Derecesi Bakımından

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması bakımından işleneceği değerlendirilen ve önlenmesi amaçlanan suçun işleneceğine ilişkin herhangi bir şüphe derecesine yer verilmemiştir. Gerçekten 5397 sayılı yasada önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından herhangi bir şüphe derecesi öngörülmemiştir. Adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından aranan katalog suçlardan birinin işleneceğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından aranmamaktadır. Bu farklılık adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirini, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinden ayıran önemli bir özelliktir. Diğer yandan adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından şüphe geçmişe yönelmiş iken; önleyici kolluk tedbirlerinde geleceğe yönelmiştir. Zira; önleyici kolluk tedbirlerinde geçmişte işlenmiş bir suç değil, gelecekte işlenebilecek suç veya suçlar söz konusudur.

5397 sayılı yasa ile getirilen düzenlemede önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması bakımından hiçbir şüphe derecesine veya somut tehlike haline yer verilmemesi varsayıma dayalı olarak hareket edilmesine olanak tanımaktadır. İdari kolluk bakımından tehlike; genel yaşam tecrübesine dayanan, düşünceye ve hayatın olağan akışına göre yakın bir zamanda kamu güvenliği veya düzeni için zarar meydana gelme beklentisini ortaya koyan bir durumdur. İdari kolluğun toplum içindeki görevi de toplumun emniyet ve düzeni bakımından mevcut bulunan tehlikeleri uzaklaştırmaktır. Tehlikenin ise idari kolluk bakımından soyut ve somut tehlike olmak üzere ikiye ayrılması mümkündür⁷¹¹. Kolluğun

⁷¹¹ Yenisey; idari kolluğun önleme görevini uzak tehlikeyi önleme ve yakın tehlikeyi önleme olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Yazara göre; uzak tehlikeyi önleme hükümet emirlerine, hukuk normlarına ve kamu düzenine uygun olmayan hareketlerin işlenmesinden önce önünü almaktır(PVSK m.2). Buna göre; mülki amirin izin verme ve kolluğun denetleme görevleri, uzak tehlikelerin önlenmesi amacıyla düzenlenmiştir. Yakın tehlikeyi önleme kavramı ise; özellikle organize suçlulukla mücadelede uygulanan yeni kolluk metodlarının soruşturmayı suçun işlenmesinden öncesine kaydırmasından kaynaklanmıştır. Suç örgütünün araç suçu işlemesinden önce başvurulmuş önleyici tedbirlere “proaktif sistem” olarak adlandırılan sistemde, modern araştırma tekniklerine başvurulmasını gerektiren yakın tehlike halinde başvurulabilir. Bu nedenle şüphenin doğduğu veya gizli ajandan

harekete geçmesi için bir tehlikenin mevcut olmasının arandığı durumlarda somut tehlike, diğer bir deyişle yaşanan, mevcut ve somut bir durumdan ileri gelen tehlike bulunmaktadır. Buna karşılık soyut tehlike genel ve soyut olarak betimlenen bir durumu ifade eder. Somut tehlike haline ilişkin olarak tahminde bulunabilmek için; tahmin anındaki münferit durum hakkındaki tüm bilgiler toplanmış olmalıdır. Doktrinde tehlikenin doğmuş yada suçun işlenmiş olmasının beklenmesinin organize suçlulukla etkin bir şekilde mücadele edilmesine engel olduğu, somut tehlike halinin gerçekleşmesi için gerekli olan zararın meydana gelmesinin yeterli olasılıkta tahmin edilebildiği bir ana kadar beklenmesinin şart olmadığı, henüz somut tehlike doğmadan organizasyon hakkında gizlice bilgi edinilmesi, bilgilerin toplanarak değerlendirilmesi ve böylelikle organizasyonun çökertilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁷¹².

Kanımızca önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilmesi bakımından belli bir şüphe derecesine yer verilmediğinden; istihbarat birimlerinin yaptıkları çalışmaları, elde ettikleri verileri ve analizlerini değerlendirerek somut bir tehlikenin meydana geldiğini hissetmeleri tedbire başvurulması için gerekli şüphe derecesinin oluşumu bakımından yeterli olacaktır. Buradaki tehlike genel yaşam tecrübesine dayanan, düşünceye ve hayatın olağan akışına göre yakın bir zamanda kamu güvenliği veya düzeni için bir zarar meydana gelme beklentisini ortaya koyan, mevcut ve somut tehlike haline ilişkin bir durum olarak nitelendirilebilir. Zira; adından da anlaşılacağı üzere önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri, iletişimin denetlenmesini gerekli kılacak makul şüphe sebeplerinin oluştuğu, bu konuda ciddi bilgi ve emarelerin elde edildiği, istihbarat kaynaklarından gelen bilgi ve aktarımlar üzerine suç işleneceği yönünde tereddütlerin oluştuğu aşamada başvurulması gerekli bir tedbirdir. Aksine bir uygulamaya gidildiğinde, Anayasa ile güvence altına alınan haberleşme hürriyetinin özüne dokunulmuş ve hukuka aykırı olarak iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmuş olacaktır. Bu noktada ortada hiçbir somut ve haklı gerekçe olmaksızın, sırf telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi konusunda yetkilendirildiğini düşünen polis, jandarma ve MİT mensuplarının soyut ihtimallerden hareketle telekomünikasyon yoluyla önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurmaları mümkün değildir. Somut bir tehlike halinin bulunması aranmadan, herhangi bir

bilgi alındığı durumlarda modern araştırma tekniklerine başvurulabilir. Bkz. Yenisey, Feridun, Polis Hukukuna Giriş, Sulhi Dönmezer Armağanı, C.II, Ankara 2008, s.1323, 1324.

⁷¹² Özbek, Ön Alan, s.73; Özbek'e göre; ön alan soruşturmaları bakımından somut bir tehlikenin mevcudiyeti için gerekli olan zararın meydana gelmesinin, yeterli olasılıkta tahmin edilebildiği bir ana kadar beklenmesi şart değildir. Bkz. Özbek, Ön Alan, s.61

şüphe derecesine yer verilmeksizin, genel olarak önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması gerektiğini savunmak ve önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen verilerin delil olarak soruşturma ve yargılamada kullanılmamasının haberleşme hürriyetinin, kişi güvenliğinin ve sanık haklarının korunmasında yeterli güvence sağladığını kabul etmek mümkün değildir. Zira; bireylerin özel hayat alanları ve haberleşme hürriyetleri bu temel hak ve hürriyetlere müdahale sınırlarının önceden belirlenmesi, müdahalenin hukukilik denetiminin yapılması ve hukuka aykırı müdahalede bulunanların sorumluluklarının kabul edilmesiyle güvence altında tutulabilir⁷¹³. Bu noktada diğer bilgi toplama yöntemleri ile elde edilen verilerin, belli kişi veya kişilerin katalog kapsamındaki suçlardan birini işleyeceğine dair olaylara dayalı, basit, olgunlaşmamış, tahmini bir şüpheyi, somut tehlike halini ortaya koyması dışında şüphenin belli kişi yada kişiler üzerinde yoğunlaşmış olması da gereklidir⁷¹⁴. Bu nedenle kolluk birimleri önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurma istemi ile hakime başvurdıklarında, önlenmesi amaçlanan suçun işleneceğine ilişkin somut tehlike haline ilişkin verileri ve bunlardan elde edilen analizleri hakime sunmaları, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yazılı emre dayalı olarak iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulduğunda ise yazılı emre başvurulmasını gerektiren suç, bu suçun işleneceği kanaatini oluşturan olguları ve hakim kararı alınamamasına neden olan gecikmesinde sakınca bulunan duruma ilişkin verileri kararın onanması istemi ile birlikte hakime sunmaları gerekir. Bu sayede hakimde oluşacak kanaatin mümkün olduğunca objektif verilerle desteklenerek zorunlu toplumsal ihtiyacın doğduğu olgusu ispatlanmalıdır. Mevcut düzenleme her zaman ve herkesin önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine tabi tutabilmesine imkan tanımaktadır. Bu nedenle tedbire başvurulması için gerekli şüphe derecesine veya tehlike şartına kanunda açıkça yer verilmesi olumlu olacaktır. AİHM içtihatlarında da ifade edildiği üzere haberleşmenin gizlice denetlenmesine olanak veren sistem, bu imkanın kötüye kullanılmasına karşı yeterli ve etkili güvenceleri getirmelidir. Böylelikle keyfi uygulamaların önüne geçilmiş olacaktır. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmasına ilişkin olarak mevzuatımızda şüphe veya tehlike şartına yer verilmemesi nedeniyle 5397 sayılı yasayla getirilen düzenlemelerin, tedbirin kötüye kullanılmasına ve keyfi olarak uygulanmasına karşı yeterli güvence sağlamadığı anlaşılmaktadır. Bu sakıncaların giderilmesi için önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin taleplerde ve yazılı emrin onaylanması istemlerinde tedbire başvurulmasını

⁷¹³ Şen, Telefon Dinleme, s.36.

⁷¹⁴ Geleri/İleri, Organize Suçlarla Mücadele, s.45; Yenisey, Hazırlık Soruşturması, s.188.

gerektiren somut tehlike haline ilişkin verilerin ve bunlardan elde edilen analizlerin talep yazısına eklenmesi aranmalıdır.

C. Kişi Bakımından

1. Tedbire Maruz Kalabilecek Kişiler

Adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından CMK'nun 135. maddesinde şüphelinin veya sanığın iletişiminin denetlenebileceği öngörülmekte, denetlenecek olan iletişim hattının şüpheli veya sanık tarafından kullanıldığına dair şüphe sebeplerinin bulunması aranmaktadır. Zira; aksine bir uygulama adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanma alanını çok genişletecek, şüpheli dışında bir başkasının iletişiminin denetlenmesi sonucunu doğuracaktır⁷¹⁵. Ancak önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından ortada işlenmiş bir suç bulunmadığından şüpheli veya sanık statüsünde bir kişi de bulunmamaktadır⁷¹⁶. 5397 sayılı yasayla 2559 sayılı PVSK' nun ek 5. maddesinde, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanununun ek 7/2. maddesinde ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanununun 6. maddesinde yapılan değişikliklerle; suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınan mercinin yazılı emriyle, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespit edilebileceği, dinlenebileceği, sinyal bilgilerinin değerlendirilebileceği ve kayda alınabileceğine ilişkin düzenleme getirilerek, iletişimi denetlenecek kişilerle ilgili herhangi bir sınırlamaya yer verilmemiştir.

Bu durum önleyici kolluk tedbirleri bakımından öne çıkan belirlilik ilkesi ile çelişmektedir. Belirlilik ilkesi müdahaleye maruz kalabilecek kişinin devlet tarafından ne zaman ve hangi kapsamda temel hak ve özgürlüklerine müdahale edilebileceğini bilebilir ve öngörebilir kılınmasını gerektirir⁷¹⁷. Bu ilkenin bir gereği olarak tedbire maruz kalabilecek kişinin hukuki durumunu bilmesi ve hareketlerini buna göre düzenleyebilmesi gereklidir.

Doktrinde 5397 sayılı yasada öngörülen tedbire konu olabilecek suçları işleme ihtimali bulunan tüm bireylerin iletişimlerinin denetlenebileceği, bu durumun ise keyfilığe yol

⁷¹⁵ Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s.422.

⁷¹⁶ Çolak/Taşkın, s.617.

⁷¹⁷ Özbek, Ceza Muhakemesi, 165.

açabileceği, düzenlemenin belirlilik ilkesine aykırılık oluşturduğu gerekçesi ile önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin olarak getirilen düzenleme eleştirilmektedir⁷¹⁸. Diğer yandan tedbire konu olabilecek suçlar bakımından yapılan sınırlamanın da yeterince açık ve net olmaması karşısında hakkında tedbirin uygulanabileceği kişi potansiyeli oldukça genişlemekte, hemen herkes hakkında tedbire başvurulma olanağı ortaya çıkmaktadır. Bu itibarla mevcut düzenleme karşısında sıfatı ne olursa olsun, herkes hakkında önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilmesi mümkündür. Ancak 5397 sayılı yasa da hakim kararında veya yazılı emirde hakkında tedbirin uygulanacağı kişinin kimliği, iletişim aracının türü, kullandığı telefon numaraları veya iletişim bağlantısını tespiti imkanı veren kodundan belirlenenler ile tedbirin türü, kapsamı ve süresiyle tedbire başvurulmasını gerekli kılan nedenlere yer verilmesi düzenlenmiştir. Böylelikle sınırlı bir ölçüde de olsa tedbire maruz kalabilecek kişiler bakımından sınırlama getirilerek, belirli şahıs veya şahıslara bağlı olmaksızın bütün ülkeyi veya belirli bölge yada alanı kapsayacak şekilde telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi kararı verilmesi önlenmiştir⁷¹⁹. Mevcut düzenleme karşısında bir veya birkaç baz istasyonunun kapsama alanını içeren, belirli kimseler hakkında olmayan tespit, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi, dinleme ve kayda alma işlemi yapılamayacağı gibi bu yönde genel bir mahkeme kararı verilmesi de hukuka aykırı olacaktır⁷²⁰.

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 66. maddesi ile hükümlülere bir hak olarak tanınan telefonla görüşme hakkı, önleme amaçlı denetime tabi tutularak sınırlandırılmıştır⁷²¹. Getirilen düzenleme ile hükümlülerin konuşmalarının cezaevi

⁷¹⁸ Taşkın, Telekomünikasyon, s.197.

⁷¹⁹ Bir görüşe göre; polis ve jandarmanın önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi işlemlerinde, iletişimi denetlenecek kimsenin denetlemeyi yapacak kurumun elemanlarınca yapılacak fizik takibi, ihbar elemanları vasıtasıyla elde edilen bilgiler, daha önce tedbire konu olabilecek benzer suçları işlemiş olması veya hakkında kolluk kuvvetlerince benzer suçlardan dolayı işlem yapılmış olması gibi hususlar dikkate alınarak, bu kişilerin suç işleyeceklerine ilişkin emarelerin bulunması gerektiği, ancak MİT tarafından yapılacak önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi işlemlerinde casusluk faaliyetinin önlenmesi ve anayasal düzenin korunması amacı güdüldüğünden böyle bir sınırlamanın söz konusu olmadığı, ilgili kişi hakkında bu kurum tarafından toplanan bilgilere dayalı olarak tedbire başvurulabileceği ifade edilmektedir. Bkz. Vatan, İletişimin Denetlenmesi, s.122.

⁷²⁰ Şen, Telefon Dinleme, s.44.

⁷²¹ 29.12.2004 tarih ve 25658 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan CGTİHK’nun Hükümlünün Telefon ve Haberleşme Hakkı başlıklı 66. maddesine göre;

(1) Kapalı ceza infaz kurumlarındaki hükümlüler, tüzükte belirlenen esas ve usullere göre idarenin kontrolündeki ücretli telefonlar ile görüşme yapabilirler. Telefon görüşmesi idarece dinlenir ve kayıt altına alınır. Bu hak, tehlikeli hâlde bulunan ve örgüt mensubu hükümlüler bakımından kısıtlanabilir.

(2) Açık ceza infaz kurumları ile çocuk eğitim evlerinde hükümlüler, ücretli telefonlarla serbestçe görüşme yapabilirler.

(3) Açık ve kapalı ceza infaz kurumlarındaki hükümlüler altsoy, üstsoy, eş ve kardeşlerinin ölüm, ağır hastalık veya doğal afet hâllerinde, kuruma ait telefon ve faks cihazından derhâl yararlandırılırlar. Görüşmeler, tutanak ile belgelenir ve tutanaklar özel bir dosyada saklanır.

idaresince dinlenmesi ve kayıt altına alınması öngörülmüştür⁷²². Bu düzenleme kapsamında hükümlülerin yakınlarıyla belirli koşullar altında kurdukları iletişim önleme amaçlı olarak denetime tabi tutulabilmektedir. Anayasanın 22/son hükmünde yer alan; “istisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir” hükmü bu düzenlemenin Anayasal dayanağını oluşturmakta iletişimin denetlenmesi tedbirini hukuka ve Anayasaya uygun hale getirmektedir⁷²³. Tutuklular bakımından ise; 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 114/3 hükmünde; “Tutukluların yazılı haberleşmeleri ile telefonla görüşmeleri, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemesince kısıtlanabilir” hükmüne yer verilmiştir. Bu itibarla tutukluların haberleşme hürriyetlerinin ve bu kapsamda telefon görüşmelerinin sınırlandırılmasına ve denetimine imkan tanınmıştır. AİHM cezaevi ve tutukevlerinin bizatihi kısıtlı ve sınırlı bir hayat olması nedeniyle, tutukluların haberleşme özgürlüğü ve haklarına, haberleşmenin gizliliği de dahil olmak üzere müdahalenin meşruluğunu, AİHS’nin 8/2 hükmü kapsamında ele almaktadır. Mahkeme kararlarında, kurum düzenini sağlama zorunluluğu ile bağlantılı sınırlamalara yer verilebileceğini ve bu kapsamda tutukluların ve hükümlülerinin iletişiminin denetlenebileceği açıkça belirtilmektedir⁷²⁴.

2. Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesine Karar Verecek Makam

Anayasanın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanabileceği, 22. maddesinde ise haberleşme özgürlüğünün ancak hakim kararı ile ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınan mercinin yazılı emri ile sınırlanabileceği düzenlenmiştir. Bu doğrultuda 5397 sayılı yasa ile önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine kural olarak hakim kararı ile başvurulabileceği hüküm altına alınmıştır. Yetkili ve görevli hâkim ise; talepte bulunan kolluk biriminin bulunduğu yer itibarıyla yetkili olan ve 5271 sayılı yasanın 250. maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan Ağır Ceza Mahkemesinin üyesidir⁷²⁵. Kolluk birimleri önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi taleplerini, sorumluluk alanları dahilinde görevli olan hakimden değil, kolluk biriminin yer itibarıyla bağlı bulunduğu, Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca, yargı

(4) Hükümlüler açık ve kapalı ceza infaz kurumlarında, çocuk eğitim evlerinde araç telefonu, telsiz telefon veya cep telefonu ve benzeri iletişim araçlarını bulunduramaz ve kullanamazlar”.

⁷²² Nuhoglu, s.9.

⁷²³ Centel’e göre; Anayasa’nın 22. maddesinin dördüncü fıkrasında öngörülen istisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kavramına cezaevleri girse de tutukevleri girmez. Bkz. Centel, Tutuklama, s.344-356.

⁷²⁴ Konuya ilişkin AİHM kararları için bkz. Yokuş, Tutuklu ve Hükümlülerin Dış Dünya İle İletişimi, s.344-356.

⁷²⁵ Centel/Zafer, s.291.

çevresi birden çok ili kapsayacak şekilde belirlenen illerde görevlendirilen özel yetkili yetkili Ağır Ceza Mahkemesi üyesinden talep edebileceklerdir⁷²⁶.

Önleyici kolluk faaliyeti çerçevesinde başvurulana iletişimin denetlenmesi tedbirine kural olarak hakim kararı ile başvurulabilmesinin yanında; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınan mercilerce de tedbire başvurulması mümkündür. Gerçekten Anayasanın 22/2 hükmü doğrultusunda, 5397 sayılı yasayla gecikmesinde sakınca bulunan hallerde bazı idari mercilerin yazılı emri ile de önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurma olanağı tanınmıştır⁷²⁷. Bu merciler; polis bakımından Emniyet Genel Müdürü veya İstihbarat Daire Başkanı, jandarma bakımından Jandarma Genel Komutanı veya İstihbarat Daire Başkanı, Milli İstihbarat Teşkilatı bakımından ise MİT Müsteşarı veya yardımcısıdır. Kanunla yetkili kılınan bu mercilerin yazılı emirlerinin yirmidört saat içinde hakim onayına sunulması gereklidir⁷²⁸.

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin olarak gecikmesinde sakınca bulunan durumu tanımlayan yasal düzenleme bulunmamaktadır. 10.11.2005 tarih ve 25989 sayılı resmi gazetede yayınlanan Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında yönetmelikte gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramı, tanımlar başlıklı 3. maddede adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından tanımlanmıştır. Buna göre; “Gecikmesinde sakınca bulunan hal: Derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin

⁷²⁶ Fransız hukukunda önleme amaçlı denetleme konusunda kural olarak Başbakan yada onun yetkilendirdiği İçişleri Bakanı ile Milli Savunma Bakanı veya gümrüklerden sorumlu Bakan izin vermeye yetkilidir. Ayrıca izinler yazılı ve gerekçeli olmak zorundadır. Bkz. Baltacı, Vahit, Yeni TCK ve CMK’da Terör Suçları ve Yargılaması, Ankara 2007, s. 369.

⁷²⁷ Cihan/Yenisay’a göre; hakim kararı bulunmaksızın haberleşme hürriyetinin sınırlanması özel hayatın gizliliğine ilişkin İHEB’nin 12, AİHS’nin 8 ve Anayasanın 22. maddesi hükümlerinin ihlali sonucunu doğurur. Cihan/Yenisay, s.212.

⁷²⁸ Anayasanın 22/2 maddesinde gecikmesinde sakınca bulunan hal kapsamında kanunla yetkili kılınan mercinin kararının yirmi dört saat içinde hakim onayına sunulacağı, hakim ise kararını kırksekiz saat içinde açıklayacağı düzenlenmiştir. Bu süre azami süre olup; aksi taktirde gecikmede sakınca bulunan hal kapsamında verilen karar kendiliğinden kalkar. 10.11.2005 T. ve 25989 sayılı R.G.’de yayınlanan Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi Ve Kayda Alınmasına Dair Usul Ve Esaslar İle Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Yönetmeliğin yazılı emir başlıklı 8. maddesinde de; “Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde; Millî İstihbarat Teşkilatı Müsteşarı veya yardımcısı, Emniyet Genel Müdürü veya İstihbarat Dairesi Başkanı ve Jandarma Genel Komutanı veya İstihbarat Başkanı tarafından telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınması için verilen yazılı emir, yirmi dört saat içinde 26 ncı maddenin birinci fıkrasında belirtilen yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir” düzenlemesine yer verilmiştir.

kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması olasılığının ortaya çıkması halini ifade eder”. 01.06.2005 tarih ve 25832 sayılı Adli ve Önleme Aramaları yönetmeliğinin tanımlar başlıklı 4. maddesinde ise, gecikmesinde sakınca bulunan hal; “önleme aramaları bakımından; derhâl işlem yapılmadığı takdirde, millî güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunmasının tehlikeye girmesi veya zarar görmesi, suç işlenmesinin önlenememesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silâh, patlayıcı madde veya eşyanın tespit edilememesi ihtimâlinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hâlini ifade eder.” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımlardan hareketle önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirini bakımından gecikmede sakıncadan söz edebilmek için; kanunla yetkili kılınan merci tarafından hakime başvurulup karar alındıktan sonra tedbirin uygulanması halinde, tedbirin uygulanamayacak duruma düşmesi veya uygulanmasından beklenen faydanın ortadan kalkması konusunda büyük olasılık ve tehlikenin ortaya çıkmasının kabulü gerekir⁷²⁹. Bu noktada gecikmesinde sakınca bulunan duruma ilişkin tehlikenin somut bir tehlike olması gereklidir.

5397 sayılı yasa ile önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin olarak getirilen düzenlemede, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yazılı emre dayalı olarak önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurma yetkisinin vali ve kaymakama verilmediği dikkati çekmektedir. Vali ve kaymakam genel idari kolluk makamları arasında yer almaktadır⁷³⁰. 5442 sayılı İl İdaresi Kanunun 11/A hükmüne göre; “Vali il sınırları içinde bütün genel ve özel kolluk teşkilatının amiridir. Suç işlenmesini önlemek, kamu düzen ve güvenliğini korumak için gereken tedbirleri alır. Bu maksatla devletin genel ve özel güvenlik kuvvetlerini istihdam eder, bu teşkilat amir ve memurları vali tarafından verilen emirleri derhal yerine getirmekle yükümlüdür”. 5442 Sayılı Kanunun 32/B bendine göre ise; kaymakam ilçe sınırları içinde bulunan genel ve özel kolluk kuvvet ve teşkilatının amiri olması sıfatıyla; “suç işlenmesini önlemek, kamu düzeni ve güvenliğini korumak için gereken tedbirleri alır. Bu maksatla devletin genel ve özel kolluk kuvvetlerini istihdam eder. Kanun, tüzük, yönetmelik ve hükümet kararları hükümlerinin yürütülmesi için emirler verir. Bu teşkilat amir ve memurları kaymakam tarafından verilen emirleri derhal yerine getirmekle ödevlidir”. Görüldüğü üzere il sınırları dahilinde vali, ilçede ise kaymakam genel ve özel kolluk kuvvetlerinin amiridir. Suç işlenmesinin önlenmesi ve kamu düzeninin korunması için

⁷²⁹ Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s.327; Yurtcan, Ceza Yargılaması, s.315; Şahin, Ceza Muhakemesi, s.201.

⁷³⁰ Günday, s.267; Gözübüyük, Yönetim Hukuku, s.27; Yayla, İdare Hukuku, s.56.

kolluğa gerekli emirleri vermeye yetkilidir. Nitekim Anayasanın 20. maddesi doğrultusunda 5681 sayılı yasanın 3. maddesi ile değişik 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun önleme araması başlıklı 9. maddesi ile; “Polis, tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla usûlüne göre verilmiş sulh ceza hâkiminin kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülkî âmirin vereceği yazılı emirle; kişilerin üstlerini, araçlarını, özel kâğıtlarını ve eşyasını arar; alınması gereken tedbirleri alır, suç delillerini koruma altına alarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre gerekli işlemleri yapar” hükmü getirilerek gecikmesinde sakınca bulunan hallerde idari kolluk amiri sıfatıyla vali ve kaymakama önleme amaçlı arama tedbirine başvurabilme imkanı tanınmıştır⁷³¹. Ancak vali ve kaymakam suç işlenmesinin önlenmesi ve kamu düzeninin korunması bakımından mülki sınırlar dahilinde sorumlu ve idari kolluk faaliyetlerinde en yetkili makam olduğu halde önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından tamamen uygulamanın dışında bırakılmıştır.

AİHS’nin 8. maddesi ile güvence altına alınan haberleşme hakkının sınırlandırılmasına ilişkin olarak AİHM haberleşme hakkının birey tarafından kullanılması ile demokratik bir toplumun korunması için gizli denetime duyulan ihtiyaç arasında bir denge bulunması gerektiğini belirtmektedir⁷³². Diğer yandan; 4709 sayılı yasa ile Anayasanın 13. maddesinde yapılan değişiklikle Anayasada ifadesini bulan ölçülülük ilkesi önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi kararı verilirken esas alınması gereken temel ilkeler arasındadır. Bu ilke sınırlamada başvuru aracının sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını, bu amacın sınırlama açısından gerekli olmasını ve araçla amacın ölçüsüz bir oran içinde bulunmamasını ifade eder⁷³³. Ölçülülük ilkesinin asıl uygulama alanı temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında “sınırlamanın sınırını” teşkil etmesidir. Hak ve özgürlüklere müdahalede bulunan kamu gücünün yargı yoluyla denetiminde önemli bir işlev üstlenen

⁷³¹ Mülki idari amirin kolluğa arama emri verebilmesi için gerekli şartlar için bkz. Yenisey, Feridun, İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama ve İfade Alma, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişisel Haklar Semineri, (Mart-Nisan 1995), Ankara 1995, s.16, 17; Yenisey, Hazırlık, s.183, 184; Zafer, 5681 Sayılı Kanun, s.1589.

⁷³² AİHM’nin 06.09.1978 tarihli Almanya’ya karşı Klass ve diğerleri kararı için bkz. Doğru, İnsan Hakları, C.I, s. 246-275. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin özel hayatın ve aile hayatının korunması başlıklı 8 maddesine göre;

“1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir”. 20 Mart 1950 tarihinde Roma’da imzalanan AİHS, 3 Eylül 1952’de yürürlüğe girmiştir. Türkiye sözleşmeyi 18 Mayıs 1954’de onaylamıştır. (19 Mart 1954 T. ve 8662 sayılı R.G.)

⁷³³ Özbudun, Anayasa Hukuku, s.102, 103.

ölçülülük ilkesi, bireylere yükümlülük getiren işlemlerin sadece yasal bir temele dayanmasının yeterli olmadığını, aynı zamanda kişi haklarının mümkün olduğu kadar korunarak kalması gerektiğini ifade eder. Ölçülülük ilkesinin amacı ve işlevi kamu gücünü sınırlamak, temel hak ve özgürlükleri en üst düzeyde güvence altına almaktır⁷³⁴. Bu ilkeden bir temel hakka getirilen sınırlama ve kayıtlamanın zorunlu, orantılı ve yasaca izlenen genel çıkarlara yada toplumun bu sınırlamadan çıkaracağı avantajlara oranla aşırı ve makul olup olmayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. Şu halde; orantılılık ilkesi, elverişlilik ve gereklilik ilkeleriyle birlikte ölçülülük ilkesinin öğelerini oluşturmaktadır⁷³⁵. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulurken ölçülülük ilkesi yanında Anayasanın 13. maddesinde belirtildiği üzere sınırlamanın Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine uygun olması da dikkate alınmalıdır. Bu nedenle önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi kararını verilirken milli güvenlik gerekleri, önlenmesi amaçlanan suça ilişkin somut tehlike durumu ve sınırlamanın demokratik toplum düzeni için gerekliliği değerlendirilmeli; tedbir ile ulaşılmak istenen suçun önlenmesinin sağlanması amacı ile bir yandan tehlikenin yoğunluğu, diğer yandan da bireyin haberleşme özgürlüğünün kısıtlanması ile ihlal edilen menfaat arasındaki denge gözetilmelidir⁷³⁶. Ayrıca karar mercilerinin konuya ilişkin AİHS hükümlerini, AİHM içtihatlarını ve iç hukuk hükümleri yanında Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay tarafından ortaya konulan kriterleri gözönünde tutarak karar vermesi gereklidir⁷³⁷.

⁷³⁴ Metin, Ölçülülük İlkesi, s.20.

⁷³⁵ Kaboğlu, Özgürlükler, s.186, 187.

⁷³⁶ Sevük, Yokuş Handan, Kolluk Tarafından Suçun Önlenmesine Yönelik Yapılan İletişimin Denetlenmesine İlişkin Değerlendirmeler, TBBD, S.67, Ankara 2006, s.47.

⁷³⁷ Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin önceki bölümlerde yer verdiğimiz 04.06.2008 tarih, 2008/874 E. ve 2008/22381K. sayılı kararında; "Amacı ne olursa olsun hiçbir kuruma demokratik bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyetinde yaşayan insanlar şüpheli görülerek ülke genelini kapsayacak şekilde yetki verilemeyeceği, anılan kanunların ilgili maddeleri gereğince talepte bulunan kolluk birimlerinin bulundukları yerler itibarıyla yetkili olan ve 5271 sayılı CMK'nun 250. maddesinin 1. fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemesi üyelerinin kendi yargı çevreleri ile ilgili karar vermeleri gerektiği, sınırsız bir yetki verilmesi suretiyle iletişimin tespit edilerek dinlenilmesine karar verilemeyeceği, yasa koyucunun amacının da bu olduğu açıktır." gerekçesiyle Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesi'nin tek hakim tarafından verilen kararına karşı yapılan itirazın reddine dair kararının CMK'nun 309 ve 310. maddelerine dayalı olarak Adalet Bakanlığının kanun yararına bozma istemi üzerine özellikle yetki yönünden bozulmasına karar verilmiştir. Kanaatimizce Yargıtay kararı sonucu itibarıyla doğrudur. Ancak bozma ilamında yerel mahkeme kararındaki hukuka aykırılıkların tespiti açısından eksiklikler bulunmaktadır. Şöyle ki; Yargıtay tarafından yapılan hukukilik denetiminden sadece yetki ve usul yönünden değil esas yönünden de yerel mahkeme kararının hukukilik denetiminin yapılması gerekirdi. Bu kapsamda ülke genelinde iletişimin denetlenmesi tedbirine karar verilmesi, bu konudaki yasal düzenlemelerin gözardı edilmesi, iletişimin denetlenmesi tedbirine konu kişi ve iletişim aracı türüne yer verilmemesi, bu konuda kararda genel ve soyut ifadelerle yer verilmesi, kararda iletişimin denetlenmesi tedbirinin amacının ne olduğunun somutlaştırılmaması, demokratik toplum bakımından tedbire başvurulmasını gerektiren zorunluluklar ve tedbire başvurulmasını gerektirir şüpheyi kuvvetlendiren somut olgulara yer verilmemesi, ayrıca kararda ölçülülük ilkesine yer verilmemesi kararın gerekçesinde bulunması gereken önemli eksikliklerdir. Mahkeme kararında Türkiye Cumhuriyetinde yaşayan insanların şüpheli görülmek suretiyle ülke genelini kapsayacak şekilde yetki verilemeyeceği ve CMK'nun 250. maddesi gereğince kurulan ağır ceza mahkemesi üyelerinin kendi yargı

Hakim önleme amaçlı telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri uygulamasında hiçbir şekilde, sırf kendisinden önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi kararı talep edilmesi nedeniyle, talep edilen veya uygulanmasına başlanan tedbiri kabul eden ve onaylayan makam olarak kabul edilemez. Kanunkoyucunun haberleşme hürriyeti gibi özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının vazgeçilmez bir unsuru sayılan hukuki yarara yapılacak müdahalede, özellikle “hakim kararı” aramasının elbette bir maksadı bulunmaktadır. Bağımsız ve teminatlı hakimler, hiç kimsenin baskısı ve tesiri altında kalmaksızın, korunan hukuki yararlar arasındaki menfaat dengesini, ölçülülüğü, somut olaydaki zorunluluğu, tedbire başvurulmasını gerektiren somut tehlike sebeplerini dolayısıyla hukuka uygunluğu inceleyip tespit ederek, kendilerine iletilen talepleri karara bağlamakla yetkili ve yükümlüdürler⁷³⁸.

D. Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi Kararının İçeriği ve Tedbirin Süresi

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi kararında veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınan idari mercilerin yazılı emirlerinde;

- a. Hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, kullandığı telefon numaraları veya iletişim bağlantısını tespiti imkan veren kodundan belirlenebilenler,
- b. Tedbirin türü, kapsamı ve süresi,
- c. Tedbire başvurulmasını gerektiren nedenler,
- d. Yazılı emire dayalı olarak tedbire başvurulduğunda yazılı emrin verildiği tarih ve saat,
- e. Jandarma tarafından tedbire başvurulduğunda sorumluluk alanına ilişkin bilgi belirtilir⁷³⁹.

çevreleri ile sınırlı karar vermeleri gerektiği gerekçesi belirttiğimiz eksiklikleri taşısa da neticesi itibarıyla isabetlidir. Böylelikle maksadını aşan ve keyfi uygulamalara yol açabilecek, bireylerin haberleşme hürriyetlerinin özünü zedeleyebilecek uygulamalara imkan tanıyan mahalli mahkeme kararının bozulmasına karar verilerek bu tarz hukuka aykırı kararlar verilmesinin bir ölçüde önüne geçilmiştir.

⁷³⁸ Şen, Telefon Dinleme, s.40.

⁷³⁹ 2559 sayılı PVSK ek m.7; 2803 sayılı JTGYK ek m.5; Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu m. 6; 11.05.2005 tarih ve 25989 sayılı yönetmeliğin 9. maddesine 04/07/2007 tarih ve 26572 sayılı R.G’de yayınlanan yönetmeliğin 6. maddesi ile eklenen bent ile yetkili merciin yazılı emri ile yapılan denetlemelerde; yazılı emrin verildiği tarih ve saatin bulunması, 2803 sayılı Kanunun ek 5. maddesi uyarınca iletilen taleplerle, verilen kararlar ve yazılı emirlerde ise sorumluluk alanına ilişkin bilgi ve/veya belgelere yer verilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Jandarma bakımından sorumluluk alanının belgelenmesine ilişkin olarak getirilen bu yükümlülük polis ve MİT bakımından söz konusu değildir.

Hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, kullandığı telefon numaraları veya iletişim bağlantısını tespiti imkan veren kodundan birisi ile ilgili bir bağlantı noktası sağlandığında tedbir uygulanarak suç işlenmesinin önlenmesi sağlanacaktır⁷⁴⁰. Yukarıda belirtilen diğer unsurlar da karar veya yazılı emirde bulunması gerekli zorunlu unsurları teşkil etmektedir.

Jandarma bakımından sorumluluk alanına ilişkin bilgi ve/veya belgelere yer verilmesi zorunluluğu 2803 sayılı yasanın 10. maddesinden kaynaklanmaktadır. Jandarmanın sorumluluk sahasını belirleyen düzenlemede sorumluluk sahasının polis görev sahasının dışı olduğu, bu alanların il ve ilçe belediye hudutları haricinde kalan veya polis teşkilatı bulunmayan yerler olduğu düzenlenmiştir⁷⁴¹. Ayrıca belediye sınırları dahilinde olmakla birlikte meskun olmayan ve polis karakollarına uzak olan yerler de jandarma bölgesine dahil edilebilmektedir⁷⁴². Bu itibarla gecikmesinde sakınca bulunan hal kapsamında Jandarma Genel Komutanı veya İstihbarat Başkanının vereceği yazılı emirlerde, hakime sunulacak talep yazılarında, sorumluluk alanına ilişkin bilgi veya belgelerin yer alması, mahkeme kararlarında da yetkinin Jandarmanın sorumluluk alanına ilişkin olarak kullanıldığı belirtilerek sorumluluk alanı ile ilgili bilgilere ve belgelere yer verilmesi gereklidir. Bu durum Jandarma Genel Komutanlığının ve Emniyet Genel Müdürlüğünün sadece kendi sorumluluk alanları ile sınırlı olarak telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınması yönünde hakim kararı alabileceği veya sonradan hakim onayına sunulmak üzere yazılı emir verebileceğinin belirtildiği yukarıda yer verdiğimiz Yargıtay içtihatına uygun, polis ve jandarma arasındaki yetki ve sorumluluk alanları ile ilgili olarak sonradan ortaya çıkabilecek karışıklıkların önlenmesi bakımından olumlu bir

⁷⁴⁰ Taşkın, Telekomünikasyon, s.211.

⁷⁴¹ Bkz. Soyaslan, Ceza Muhakemesi, s.146; 10.03.1983 tarih ve 2803 sayılı JTGYK'nun Jandarmanın Görev ve Sorumluluk Alanı başlıklı 10. maddesine göre;

“Jandarmanın genel olarak görev ve sorumluluk alanı; polis görev sahası dışı olup, bu alanlar il ve ilçe belediye hudutları haricinde kalan veya polis teşkilatı bulunmayan yerlerdir. Jandarma, kendisine verilen görevlerin ifası ile ilgili olarak diğer güvenlik kuvvetleri ile işbirliği ve koordinasyonda bulunur.

Jandarma veya Emniyet Teşkilatı, kendi sorumluluk sahasında yetersiz kaldıkları veya yetersiz kalacaklarının değerlendirilmesi halinde, mahalli mülki amirler tarafından birbirlerinin sorumluluk sahalarında geçici olarak görevlendirilebilirler.

Jandarmanın diğer güvenlik kuvvetleriyle işbirliği ve koordinasyon esasları ve emir komuta ilişkileri yönetmelikle belirlenir”. Bkz. 12.03.1983 T. ve 17985 sayılı R.G.

⁷⁴² Özbek, Ceza Muhakemesi, s.200; Kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanması ile görevlendirilen polis kural olarak il ve ilçe belediye sınırları içinde hizmet vermekte olup; 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanununun 16. maddesine göre; merkez, taşra ve yurtdışı teşkilatı olmak üzere yapılandırılmıştır. Diğer yandan polis hizmet alanlarına göre 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanununun 8. maddesine göre (3452 sayılı yasanın 2. maddesi ile değişik); idari, siyasi ve adli polis olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Yaşar, Yılmaz, Açıklamalı Polis Meslek Hukuku, Ankara 1996, s.60 vd.

düzenlemedir⁷⁴³. Uygulamada önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin olarak polis ve jandarma arasında özellikle yetki itilafının çıktığı ve önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinden sonraki aşamada adli soruşturma aşamasına geçilmesinde aksaklıklar yaşandığı görülmektedir. Bu aksaklıkların tümüyle önüne geçmek için önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin olarak polis ve jandarma bakımından aynı yasal düzenleme ile konunun ele alınmasıyla bu konuda ortaya çıkabilecek yetki itilafının önüne geçilmesi mümkündür⁷⁴⁴.

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin önleme amaçlı denetlenmesine ilişkin kararda veya yazılı emirde yer alması zorunlu olan bilgilerin; tedbirin türü, kapsamı ve süresi, tedbire başvurulmasını gerektiren nedenler, yazılı emre dayalı olarak tedbire başvurulduğunda yazılı emrin verildiği tarih ve saat ile jandarma bakımından sorumluluk alanına ilişkin bilgiler olduğunu yukarıda belirttik. Tedbir kararında bulunması zorunlu diğer bilgi ise; hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, kullandığı telefon numaraları veya iletişim bağlantısını tespiti imkan veren kodundan belirlenebilenlerdir. Bu konuda 11.05.2005 tarih ve 25989 sayılı yönetmeliğinin 5, 6 ve 7. maddelerinin son fıkralarında “Bu yönetmeliğe aykırılığı tespit edilen talepler, noksanlığın giderilmesi için ... iade edilir” düzenlemesine yer verilmiştir. Bu itibarla gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınan mercinin verdiği yazılı emrin uygulanması TİB başkanlığından talep edildiğinde ve yazılı emrin içeriği itibarıyla taşınması gereken zorunlu unsurları içermediği anlaşıldığında, talep eksikliklerin giderilmesi için ilgisine göre Emniyet Genel Müdürlüğü İstihbarat Daire Başkanlığına, Jandarma Genel Komutanlığı İstihbarat Daire Başkanlığına yada Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığına iade edilecektir. Diğer yandan önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin hakim kararı ilgili kanunda sayılan zorunlu bilgileri ihtiva etmediği takdirde ise Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına karara karşı başvurulabilecek bir kanunyolu tanınmamıştır.

Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından hakim kararına karşı itiraz yetkisi tanınmış iken; önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri yönünden böyle bir imkan tanınmamıştır. Bu durumda Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının kararı veren hakimden ek karar isteyebilmesi

⁷⁴³ Yrg. 9. C.D., 04.06.2008 T., 2008/874 E., 2008/22381K. sayılı kararı. (yayınlanmamıştır)

⁷⁴⁴ Şen, Telefon Dinleme, s.40.

gerektiği ileri sürülmektedir⁷⁴⁵. Kanımızca da kesinleşmiş hükmün infazında tereddüt oluşması durumunda olduğu gibi, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının kararı veren hakimden kararın uygulanmasında tereddüt olduğundan bahisle ek karar talep etme imkanı bulunduğu kabulü gerekir. Tedbirin gizli oluşu nedeniyle hakim kararına karşı tedbire maruz kalanların itiraz yoluna başvurma imkanları bulunmadığı gibi, talepte bulunan kolluk birimlerinin de iletişimin denetlenmesi kararına karşı itiraz yoluna başvurmaları mümkün değildir. Bu nedenle hakim kararının içermesi gereken zorunlu unsurları içermediği tespit edildiğinde, kararda açıklık bulunmadığında veya kararın icrasında tereddüt ortaya çıktığında kararı veren hakimlikten Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının talebi ile ek karar alınmalıdır.

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin önleme amaçlı denetlenmesi kararı en çok üç ay için verilebilir⁷⁴⁶. Bu süre de üçer ayı geçmeyecek şekilde en fazla üç defa uzatılabilir⁷⁴⁷. Bu durumda önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin süresi kural olarak toplamda oniki ayı geçemez. Ancak istisnai olarak terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde devam eden somut tehlikelere ilişkin olarak gerekli görülmesi halinde, hakim tarafından üç aydan fazla olmamak üzere sürenin birçok kez uzatılmasına karar verilmektedir (PYSK ek m.7/4; JTGYSK ek m. 5/3; 2937 sayılı yasa m.6/1). Diğer yandan 2937 sayılı yasanın 5397 sayılı yasanın 3. maddesi ile değişik 6. maddesinde 04.05.2007 tarih ve 5651 sayılı yasanın 12. maddesiyle yapılan değişiklikle; “casusluk faaliyetlerinin tespiti ve ...” ibaresi madde metnine eklenerek casusluk faaliyetinin tespiti çerçevesinde devam eden tehlikelere ilişkin olarak da gerekli görülmesi halinde hakim tarafından üçer ayı geçmeyecek şekilde birçok kez uzatma kararı verilebilmesi imkanı tanınmıştır. Böylelikle Milli İstihbarat Teşkilatına tanınan, casusluk faaliyetinin tespiti çerçevesinde devam eden tehlikenin önlenmesine yönelik olarak önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurma yetkisi genişletilmiştir. Diğer bir deyişle; terör örgütü ve casusluk faaliyeti çerçevesinde devam eden tehlikelere ilişkin olarak gerekli görülmesi

⁷⁴⁵ Taşkın, Telekomünikasyon, s.215.

⁷⁴⁶ Fransa’da Başbakan veya onun tarafından yetki verilmiş iki görevlinin gerekçeli ve yazılı iznine dayalı olarak başvurulmuş telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirinin süresi azami dört aydır. Bu süre aynı şekil ve koşullarla yenilenebilir. Dört ayın sonunda herhangi bir veri elde edilemediği takdirde tedbire son verilir. Şayet tedbir sonucu yeteri kadar veri elde edilir ise, hakimden adli amaçlı iletişimin denetlenmesi kararı alınması gereklidir. Bkz. Anayurt, Türk ve Fransız Hukukunda Telefon Dinlemeleri, s.54; Göçer, Özel Hayatın Gizliliği, s.169.

⁷⁴⁷ Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde idari makamlar tarafından verilen önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi kararının 2559 sayılı PYSK’nun ek 7/2 (ek fıkra), 2803 sayılı JTGYSK’nun ek. 5/2 ve 2937 sayılı yasanın 6. maddesinin ek 3. fıkrası uyarınca görevli ve yetkili hakimın onayına sunulması, hakim tarafından da yirmidört saat içinde kararın onanması veya onanmaması yönünde karar verilmesi gerekir. Aksi halde gecikmesinde sakınca bulunan hal kapsamında başvurulmuş tedbir hukuka aykırılık teşkil eder.

halinde iletişimin denetlenmesi tedbiri süresiz olarak uygulanabilecek, ancak her üç ayda bir hakim tarafından uzatma kararı verilecektir. Tedbir süresinin uzatılması kararının da tedbir kararı ile aynı usule göre verileceği dikkate alındığında, tedbirin uygulanması için gerekli koşulların varlığı her uzatma kararında tekrar değerlendirilecektir⁷⁴⁸. Ayrıca tedbirin uzatılması kararı sadece hakim tarafından verilebilmektedir. Zira; sürenin uzatılmasında gecikmede sakınca bulunan hal bulunmamaktadır. Diğer yandan önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından tedbir süresinin ne zaman işlemeye başlayacağı konusunda da açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanaatimizce adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin açıklamalarımızda da belirttiğimiz üzere; sürenin hakim kararının verildiği andan itibaren işlemeye başlaması gerekir. Çünkü kanunda öngörülen şartların bulunup bulunmadığı hakim tarafından karar anındaki duruma göre tespit edilmektedir. Bu nedenle hakim tarafından sürenin başlayacağı anın karar tarihinden sonraki bir tarihe bırakılmaması, tedbiri uygulayacak makam bakımından da sürenin başlangıç anının belirlenmesinde keyfiliği önleyici işleyişin sağlanması gerekir. Bu nedenle kararda tedbirin uygulanmasına başlanacağı tarih ve saat ile tedbirin son bulacağı tarih ve saatin açıkça belirtilmesi gerekir.

V. ÖNLEME AMAÇLI İLETİŞİMİN DENETLENMESİ KARARININ İCRASI

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine önceki bölümlerde de belirttiğimiz üzere; kural olarak hakim tarafından karar verilmekte, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınan idari merciler tarafından verilen yazılı emirler hakim tarafından onaylanmakta veya iptal edilmektedir. Bu itibarla hakim kararı veya idare merciler tarafından verilen yazılı emre dayalı olarak önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin icrasına başlanmaktadır. Tedbirin icrasında hakim dışında polis, jandarma, MİT ve Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı görev almaktadır. Emniyet Genel Müdürü, Emniyet Genel Müdürlüğü İstihbarat Daire Başkanı, Jandarma Genel Komutanı, Jandarma Genel Komutanlığı İstihbarat Daire Başkanı, MİT Müsteşarı ve MİT Müsteşar Yardımcısı gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yirmidört saat içinde hakim onayına sunulması kaydıyla, yazılı emir vererek tedbirin icrasını başlatabilmektedir.

⁷⁴⁸ Sevik, Suçun Önlenmesi, s.48.

Suçun önlenmesine yönelik veya istihbari amaçlı iletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınmasına dair karar veya yazılı emirler, en son 23.07.2006 tarihine kadar telekomünikasyon hizmeti veren kurum ve kuruluşlar tarafından yerine getirilmekte ve ilgili kurumların mevcut sistemlerinin kullanılmasına devam edilmekteydi⁷⁴⁹. Ancak bu tarihten sonra önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri, Telekomünikasyon Kurumu⁷⁵⁰ bünyesinde, kurum başkanına doğrudan bağlı Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından tek merkezden yürütülmektedir⁷⁵¹. Tüm işlemler Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından yerine getirilmekte, yazılı emirler hukuka ve kanuna uygun olarak Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının sorumluluğu altında yürütülmektedir. 5397 sayılı yasanın 1. maddesinin 10. fıkrasında Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının başkan, teknik uzman, hukukçu uzman ve idari uzmandan oluşacağı

⁷⁴⁹ 24.02.2006 tarih ve 26090 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 1. maddesi ile 10.11.2005 tarih ve 25989 sayılı yönetmeliğe eklenen geçici ikinci maddeye göre; “23/7/2006 tarihini geçmemek üzere; personel ve sistemler yönünden noksanlıklarının giderilerek Başkanlığın faaliyete geçtiği ve bu durumun Başkanlık tarafından ilgili kurumlara bildirildiği tarihe kadar, bu Yönetmeliğin 5 nci, 6 ncı, 7 nci, 10 uncu, 11 inci, 14 üncü ve 15 inci maddelerinde yer alan hükümler uygulanmaz. Anılan tarihe kadar, 2559 sayılı Kanunun ek 7 nci maddesi, 2803 sayılı Kanunun ek 5 inci maddesi ve 2937 sayılı Kanunun 6 ncı maddesi hükümleri uyarınca verilen iletişimin dinlenmesi, tespiti, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınmasına dair karar veya yazılı emirler, telekomünikasyon hizmeti veren kurum ve kuruluşlar tarafından derhal yerine getirilir; ilgili kurumların mevcut sistemlerinin kullanılmasına devam olunur”.

⁷⁵⁰ Telekomünikasyon Kurumunun oluşumu, görev ve yetkileri hakkında bkz. Aslan, Telekomünikasyon Kurumu, s.91 vd.

⁷⁵¹ 10.11.2005 tarih ve 25989 sayılı yönetmeliğin 17. maddesinde Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının görevleri şu şekilde sıralanmıştır;

“a) 2559 sayılı Kanunun ek 7 nci maddesi, 2803 sayılı Kanunun ek 5 inci maddesi ve 2937 sayılı Kanunun 6 ncı maddesi uyarınca, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınmasına yönelik iş ve işlemleri tek bir merkezden yürütmek,

b) 5271 sayılı Kanunun 135 inci maddesi kapsamında yapılacak iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine yönelik iş ve işlemleri tek bir merkezden yürütmek,

c) (a) ve (b) bentleri kapsamındaki taleplerin bu Yönetmeliğe ve diğer ilgili mevzuata uygun olup olmadığını incelemek ve gerektiğinde yetkili mercilere başvuruda bulunmak,

d) (a) ve (b) bentleri uyarınca gerçekleştirilen işlemler sonucunda elde edilen verileri ve bilgileri ilgisine göre Millî İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığına, Emniyet Genel Müdürlüğüne ve Jandarma Genel Komutanlığına, talep etmeleri halinde mahkemeye ve Cumhuriyet başsavcılıklarına iletme,

e) Bu Yönetmelik çerçevesinde yapılacak tespit, dinleme, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınması faaliyetlerini olanaklı kılacak her türlü teknik alt yapının, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu hizmeti veren kuruluşlar ve işletmeciler tarafından kurulmasını sağlamak, sağlamak, gerekli alt yapıyı kurmayan işletmecilerin cezalandırılması yönünde girişimde bulunmak,

f) 11 inci maddenin üçüncü fıkrası, 12 nci maddenin ikinci fıkrası ile 15 inci maddenin üçüncü fıkrası saklı kalmak kaydıyla, Başkanlık faaliyetleriyle ilgili olarak kamu kurum ve kuruluşları ile kamu hizmeti veren kuruluşlar ile işletmecilerden gelen her türlü bilgi, belge ve kayıtların bilgi güvenliği kriterlerine uygun olarak arşivlenmesini sağlamak,

g) Görev alanına giren konularla ilgili mevzuatta ulusal ve uluslararası alanda meydana gelen gelişmeleri takip etmek,

h) Başkanlık faaliyetleri için yurt içinden ve yurt dışından teminine ihtiyaç duyulan her türlü malzeme, sistem, yazılım ve donanımı belirleyerek Kurum Başkanına bildirmek,

i) Başkanlık faaliyetleriyle ilgili olarak talep ettiğinde derhal Başbakan'a bilgi vermek,

j) Kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirmek”.

öngörülmüştür. Ancak 04.05.2007 tarih ve 5651 sayılı yasanın 12/2 hükmü ile yapılan değişiklikle başkanlığın bir başkan ve daire başkanlarından oluşacağı düzenlenmiştir⁷⁵². Başkanlıkta bunun dışında Millî İstihbarat Teşkilatı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığının ilgili birimlerinden birer temsilci bulundurulur. Bu temsilcilerin görevi; kendi kurumlarından gelen ve yerine getirilmesi Başkanlıkça uygun görülen kararların, teknik uzman nezaretinde Başkanlık personeliyle birlikte yürütülmesini sağlamaktır. Ayrıca temsilciler başkan tarafında verilecek diğer görevleri de yerine getirmekle de görevlidir. Başkanlığa verilen görevlerin yerine getirmesi için yeteri kadar da personel istihdam edilir.

5397 sayılı yasanın 1. maddesinin 10. fıkrasında; Telekomünikasyon İletişim Başkanının Telekomünikasyon Kurumu Başkanının teklifi üzerine Başbakan tarafından atanacağı öngörülmüştü⁷⁵³. Ancak Cumhurbaşkanının 25.07.2005 tarihli iptal başvurusu üzerine Anayasa Mahkemesinin 29.01.2009 tarihli kararı ile 5397 sayılı yasanın 1. maddesinin 10. fıkrasının 5. cümlesinde yer alan; “Telekomünikasyon İletişim Başkanı, Telekomünikasyon Kurumu Başkanının teklifi üzerine Başbakan tarafından atanır” hükmünün iptaline karar verilmiştir. Bu nedenle Telekomünikasyon İletişim Başkanının atanması noktasında mevcut boşluğun doldurulması için yasal düzenlemeye gidilmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır⁷⁵⁴. Diğer yandan 5397 sayılı yasa ile getirilen düzenlemede önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi faaliyetlerinin denetiminin Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon tarafından yapılacağı öngörülmüştü. Bu hususa ilişkin olarak da 5397 sayılı yasanın 1. maddesi ile 2559 sayılı yasanın ek 7. madde hükmüne eklenen 9. fıkra, 5397 sayılı yasanın

⁷⁵² Anayasa Mahkemesinin 29.01.2009 T., 2005/85 E. ve 2009/15 K. sayılı kararında da 5397 sayılı yasanın başkanlığın oluşumuna ilişkin düzenlemesine yönelik iptal istemi hakkında, 04.07.2005 T. ve 5651 sayılı yasanın 12/2 hükmü ile yapılan değişiklik dikkate alınarak “konusu kalmayan istem hakkında karar verilmesine yer olmadığına” karar verilmiştir. (Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesi henüz Resmi Gazetede yayınlanmamıştır)

⁷⁵³ 03.07.2005 T. ve 5397 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Yasanın 1/10 hükmüne göre; “Bu maddede belirtilen işlemler ile 5271 sayılı Kanunun 135 inci maddesi kapsamında yapılacak dinlemeler, Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde, Kurum başkanına doğrudan bağlı "Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı" adıyla kurulan tek bir merkezden yürütülür. Oluşturulan bu Başkanlık bir başkan ile teknik, hukuk ve idari olmak üzere üç uzmandan oluşur. Bu Başkanlıkta Millî İstihbarat Teşkilatı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığının ilgili birimlerinden birer temsilci bulundurulur. Verilen görevleri yerine getirmek üzere yeteri kadar da personel istihdam edilir. Telekomünikasyon İletişim Başkanı, Telekomünikasyon Kurumu Başkanının teklifi üzerine Başbakan tarafından atanır. Telekomünikasyon İletişim Başkanı, Kurul üyelerinin sahip olduğu özlük haklarına sahiptir. Ulaştırma Bakanlığı bu merkezle ilgili alt yapıyı hazırlamakla yükümlüdür. Bu merkezin kuruluş giderleri Telekomünikasyon Kurumu gelirlerinden karşılanır. Bu merkezin kuruluşu ile ilgili her türlü mal ve hizmet alımları ile yapım işleri, ceza ve ihalelerden yasaklama işleri hariç 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hükümlerinden muaftır”.

⁷⁵⁴ Ay. Mah. 29.01.2009 T., 2005/85 E. ve 2009/15 K. sayılı kararı. (Karar gerekçesi henüz resmi gazetede yayınlanmamıştır).

2. maddesi ile 2803 sayılı yasanın ek 5. maddesine eklenen 8. fıkra ve 5397 sayılı yasanın 3. maddesi ile 2937 sayılı yasanın 6. maddesine eklenen 8. fıkra hükümlerinde yer alan; “... Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon...” ibaresinin Anayasa Mahkemesinin 29.01.2009 tarihli kararı ile iptaline karar verilmiş ve ilgili bakanlığın veya kolluk biriminin teftiş elemanları dışında Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyonun önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin icrasına yönelik denetim yetkisi ortadan kaldırılmıştır. Anayasa Mahkemesi kararının bu yönüyle özerk, yürütme oranından bağımsız bir işleyişin sağlanmasına yönelik olduğu görülmektedir.

Hâkim kararları veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınan mercilerin verdikleri yazılı emirler, gereğinin icrası için Başkanlık bünyesindeki teknik uzmana havale edilir. Bu aşamadan sonra ise yazılı emir ve karar incelenir. Kanuna aykırılığı tespit edilen yazılı emirler noksanlıkların giderilmesi için talepte bulunan kolluk birimine göre Emniyet Genel Müdürlüğü İstihbarat Dairesi Başkanlığına, Jandarma Genel Komutanlığı İstihbarat Başkanlığına veya Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığına iade edilir⁷⁵⁵. Başkanlığın bu aşamada 10.11.2005 tarihli yönetmeliğin 9. maddesine göre; kararı yerine getirmeden önceki aşamada şekil açısından inceleme yapma yükümlülüğü bulunmaktadır⁷⁵⁶. Bunun dışında yazılı emrin esası ve yerindeliği yönünden inceleme yapamaz. Zira; bu yönüyle inceleme yazılı emrin hakim onayına sunulduğu aşamada hakim tarafından yapılacaktır⁷⁵⁷. Diğer yandan önleme amaçlı iletişimin denetlenmesine ilişkin hakim kararına karşı Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına itiraz yoluna başvurma olanağı veren bir

⁷⁵⁵ 10.11.2005 tarih ve 25989 sayılı Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik m. 5, 6, 7.

⁷⁵⁶ Sevük, Suçun Önlenmesi, s.50.

⁷⁵⁷ Yazılı emir hakkında hakim aksine karar verdiğinde veya yirmidört saat içinde hakim onayının alınamadığı durumlarda, kararın veya yazılı emrin uygulamasına başkanlık tarafından derhal son verilecektir (10.11.2005 tarih ve 25989 sayılı yönetmelik m.11). Gecikmesinde sakınca bulunan hal kapsamında verilen iletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınmasına ilişkin yazılı emirlerin derhal uygulanması söz konusu olduğundan yazılı emir Başkanlıkça derhal yerine getirilir. Ancak talepte bulunan kolluk birimince verilen yazılı emir Başkanlığa ulaştığı andan itibaren yirmidört saat içinde hakim onayı alınması zorunluluğunu getiren yönetmeliğin 10. maddesi, Anayasaya ve 5397 sayılı yasaya aykırılık teşkil etmektedir. Şöyle ki; Anayasa’nın 22. maddesinde gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili mercinin yazılı emrinin yirmidört saat içinde hakim onayına sunulması, hakimnin ise kırksekiz saat içinde kararını açıklayacağı düzenlenmiş, bu doğrultuda 5397 sayılı yasa ile de yirmidört saat içinde yazılı emrin hakim onayına sunulması, hakimnin ise kararını en geç yirmidört saat içinde vermesi öngörülmüştür. 5397 sayılı yasa kapsamında gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emre ilişkin olarak en geç kırksekiz saat içinde kararın onaylanmasına ilişkin hakim kararı alınması öngörülmüş iken; 25989 sayılı yönetmelikle en geç yirmidört saat içinde hakim onayı alınması gerektiği düzenlenerek kolluğa Anayasa ve yasaya aykırı bir sorumluluk yüklenmiştir. Yazılı emre dayalı olarak yapılan denetlemenin 24 saat sonunda uygulanmasına son verilerek yasal dayanağı olmayan ve tedbirin işlevini yitirmesine yol açabilecek bir uygulamanın da önü açılmıştır. Kanaatimizce mevcut durum karşısında tedbirin uygulanması bakımından “hakim onayının alınamaması halini”, en geç yirmidört saat içinde karar vermek zorunda olan hakimnin bu zorunluluğunu yerine getirmemesi olarak yorumlamak gerekir.

düzenleme getirilmediğinden bu noktada Telekomünikasyon İletişim Başkanlığınca yapılacak işlem; kararın icrasında tereddüt olduğu, ilgili kanun yada yönetmeliğe aykırılık bulunduğu veya kararda yer alması zorunlu bilgilerde eksiklik saptandığından bahisle kararı veren hakimlikten ek karar alma yoluna gitmektir.

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin icrasında önem taşıyan konulardan birisi de tedbirin gizliliğidir. Tedbirin icrası sonucu elde edilen kayıt ve bilgilerin PYSK'nun ek 7, JTGKY'nun ek 5 ve 2937 sayılı yasanın 6. maddesinde belirtilen amaçlar dışında kullanılması mümkün değildir. Buna göre önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen veriler polis ve jandarma tarafından kamu düzeninin korunması, emniyet ve asayişin sağlanması, suç işlenmesinin önlenmesi; Milli İstihbarat Teşkilatı yönünden ise casusluk ve terör faaliyetlerinin önüne geçilmesi ve ortaya çıkarılmasında kullanılmalı, dolayısıyla verilerin ceza soruşturması veya kovuşturmasında delil olarak kullanılması amaçlanmamalıdır. Ayrıca kolluk birimleri 5397 sayılı yasayla öngörülen yetkilerini kullanarak elde ettikleri bilgileri bağlı bulundukları mülki idari amirle paylaşmak zorundadırlar. Bu paylaşım gizlilik kurallarının ihlali değildir. Zira; Emniyet ve Asayiş İşlerinde İl, İlçe ve Bucaklardaki Jandarma ve Emniyet Ödevlerinin Yapılması ve Yetkilerin Kullanılması Suretini ve Aralarındaki Münasebeti Gösterir Yönetmeliğin 4. maddesinin 2. fıkrasında da elde edilen istihbaratların, mülki amire paylaşılması açıkça düzenlenmiştir⁷⁵⁸.

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmasına ilişkin hükümlere aykırı hareket eden kamu görevlileri hakkında ise görev sırasında veya görev dolayısıyla işlense de, Cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya soruşturma açılır⁷⁵⁹. Gerçekten 5397 sayılı yasanın 1/son hükmünde; “Bu maddede belirlenen usûl ve esaslara aykırı dinlemeler hukuken geçerli sayılmaz ve bu şekilde dinleme yapanlar hakkında 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre işlem yapılır” düzenlemesine yer verilmiştir. Bu itibarla; 4483 sayılı yasadaki kaynaklanan, memur ve kamu görevlileri bakımından güvence içeren hükümler bu durumda uygulanmaz⁷⁶⁰. Bu hüküm esasen delillerin kullanımı ile ilgili olmayıp, ceza hukuku bakımından hukuka uygunluk sebebi ortaya koyan bir düzenlemedir. Zira; TCK'nun 132 ila 140. maddelerinde “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar” başlıklı dokuzuncu bölümde haberleşmenin gizliliğinin ihlali suç olarak

⁷⁵⁸ Turgut, Kasım/Mahmutoğlu, Abdülkadir, Suçun İşlenmesinin Önlenmesi Amacıyla Gerçekleştirilen İstihbarat Faaliyetlerinde Mülki İdare Amiri-Kolluk İlişkisi, İdarecinin Sesi, S. 121, Mart-Nisan 2007, s.24-29

⁷⁵⁹ Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s. 425.

⁷⁶⁰ 4483 sayılı yasa için bkz. 4.12.1999 T. ve 23896 sayılı R.G.

düzenlenmiştir. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin icrasında görevli personel bakımından bu kapsamda suçun oluşumuna sebebiyet verilmemesi ve yasal düzenlemeler arasındaki çelişkiyi gidermek için kanunkoyucu tarafından belirttiğimiz düzenlemeye yer verilmiştir⁷⁶¹. Diğer yandan düzenlemeden önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen verilerin delil olarak kullanılmasına imkan verilmediği sonucu da ortaya çıkmaktadır.

Suçun önlenmesi amacıyla başvuru ile iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması sırasında işlenmekte olan bir suçun söz konusu olduğu anlaşıldığında, başvuru ile iletişimin denetlenmesi tedbirine dönüşmesi söz konusu olabilir. Bu halde önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine devam edilip edilmeyeceği veya CMK'nun 135. maddesi kapsamında yeni bir karar alınıp alınmayacağı konusu duraksama yaratabilir. Bu durumda önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin amacı, kapsamı ve uygulanma koşulları farklılaştığından ve CMK kişi için daha güvenceli bir düzenleme getirdiğinden ikinci yolun seçilmesi ve tedbire derhal son verilerek CMK'nun 135. maddesi kapsamında yeni bir karar alınması gereklidir⁷⁶².

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin olan hakim kararları ve yazılı emirler ilgili işletmecilere gönderilmez. Kararlar ilgili kurum görevlilerince Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının koordine ve nezaretinde yerine getirilir⁷⁶³. Yapılan inceleme sonunda kanuna uygun olduğu tespit edilen yazılı emirler de ilgili kurum görevlilerince Başkanlığın koordine ve nezaretinde uygulanır. Diğer yandan gerçekleştirilen işlemler sonucunda elde edilen veriler ve bilgiler ilgisine göre Emniyet Genel Müdürlüğüne, Jandarma Genel Komutanlığına, talep etmeleri halinde mahkeme ve Cumhuriyet Başsavcılıklarına gönderilir⁷⁶⁴.

5397 sayılı yasa ile mevzuatımıza giren önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin olarak, başvuru ile tedbir sonucu elde edilen verilerin yok edilmesine ilişkin işlemlerle, tedbirin uygulanmasına ilişkin işlemlerin tutanağa bağlanması öngörülmektedir (2559 sayılı yasanın ek 7/2, 2803 sayılı yasanın ek 5/1, 2937 sayılı yasanın 6/2 maddesi).

⁷⁶¹ Şen, Telefon Dinleme, s.43.

⁷⁶² Özbek, Ceza Muhakemesi, s.178.

⁷⁶³ İlgili kurum görevlisi olarak; Jandarma Genel Komutanlığı İstihbarat Başkanlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü İstihbarat Dairesi Başkanlığı, MİT Müsteşarlığı temsilcileri ile işlemlerin uygulamasında görev alacak yeteri sayıda personel görev üstlenmektedir.

⁷⁶⁴ 10.11.2005 T. ve 25989 sayılı yönetmelik m.17.

Buna göre; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınan merci tarafından verilen yazılı emir yirmidört saat içinde görevli ve yetkili hakim onayına sunulur. Hakim ise kararını en geç kırksekiz saat içinde verir. Sürenin dolması veya hakim tarafından yazılı emrin onaylanması isteminin reddine karar verilmesi halinde, dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir. Yine 5397 sayılı yasa ile getirilen önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi yetkisi kapsamında başvuru tedbirin sona ermesi halinde dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtların da en geç on gün içinde yok edileceği, durumun bir tutanakla tespit olunacağı ve tutanağın denetimde ibraz edileceği düzenlemiştir. Ayrıca 5397 sayılı yasada hakim kararına veya yazılı emre dayalı olarak yerine getirilen tedbirde işlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat ile, işlemi yapanın kimliğinin yer alması gerektiği de hükme bağlanmıştır. Böylelikle işlemlerin tutanağa bağlanmasını gerektiren iki ana neden ortaya çıkmıştır. Birinci durumda bazı bilgi ve belgelerin yok edilmesi nedeniyle tutanak düzenlenmekte; ikinci durumda ise tedbirlerin uygulanmasına ilişkin işlemler tutanağa bağlanmaktadır.

VI. ÖNLEME AMAÇLI İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİNİN SONA ERMESİ

Tedbirin sona ermesine ilişkin olarak PVSK ek m.7/2, JTGYK ek m.5/1 ve 2937 sayılı yasanın 6/b hükmünde; “sürenin dolması veya hakim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir kalkar” düzenlemesine yer verilmiştir. 10.11.2005 tarih ve 25989 sayılı yönetmelikte ise; “uygulanan tedbirin sona ermesi, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir hakkında hakim tarafından aksine karar verilmesi yada yazılı emir hakkında yirmidört saat içinde hakim onayının alınamaması hallerinde, kararın veya yazılı emrin uygulanmasına başkanlık tarafından derhal son verilir” düzenlemesine yer verilmiştir (m.11/2).

Görüldüğü gibi yönetmelikte tedbirin sona erme sebepleri arasında yazılı emir hakkında yirmidört saat içinde hakim onayının alınamaması hali ayrıca belirtilmiştir. Yönetmelikte belirtilen tedbirin uygulanmasının sona ermesi bakımından öngörülen bu durumun en geç yirmidört saat içinde yazılı emir hakkında karar vermek zorunda olan

hakimin bu zorunluluğu yerine getirmemesi olarak anlaşılması gerekir⁷⁶⁵. Yoksa yirmidört saat içinde hakim onayının alınamaması; hakime ulaşılamaması veya yazılı emirin Başkanlığa ulaşmasından itibaren yirmidört saat içinde hakim onayının alınması zorunluluğu anlamına gelmemektedir.

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin icrasına başlanabilmesi için hakim kararı veya kanunla yetkili kılınan mercinin yazılı emri gerekli iken; şartları oluştuğunda idari merciler tedbirin uygulamasına son verebilirler. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkilendirilen merciler tarafından verilen yazılı emir hakim tarafından onaylandığında tedbirin uygulanmasına devam edilir, idari merci tarafından verilen yazılı emir onaylanmayıp, istemin reddine karar verildiğinde ise tedbirin uygulanmasına derhal son verilir. İdari mercilerin yazılı emirlerinin onanması isteminin sunulacağı hakim ise talepte bulunan kurumun yer itibarıyla bağlı bulunduğu özel yetkili Nöbetçi Ağır Ceza Mahkemesinin üyesidir. Özel yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri toplu mahkemeler olduğundan üyelerden birisine ulaşılamadığında; diğerlerine ulaşılarak yazılı emrin onanması istemi sunulabilir. Bu itibarla yazılı emrin yirmidört saat içinde hakim onayına sunulmasında hakime ulaşılamaması olasılığı oldukça düşüktür. Diğer yandan günümüz teknolojik imkanları karşısında mesafe yetkili hakime ulaşılamaması bakımından sakınca oluşturmaz. Yazılı emrin yirmidört saat içinde onama istemi ile hakime sunulması, hakimin de kararını yirmidört saat içinde verme zorunluluğu getirilerek, bağımsız ve tarafsız bir organın kararı olmaksızın azami kırksekiz saat süre ile sınırlı olarak bireylerin özel hayatlarının gizliliğine ve haberleşme hürriyetlerine müdahale olanağı tanınmıştır. Yazılı emri vermeye yetkili makam yazılı emri hakim onayına ne zaman sunduğunu açıkça talep yazısında belirtmeli; talep hakime sunulduğunda ise yazılı emrin onanması istemini içeren evrakın tarih, saat ve dakika belirtilerek hakim tarafından havalesi yapılmalıdır. Bu sayede kararın hakime sunulmasından itibaren işleyecek yirmidört saatlik sürenin başlangıcı ve kararın hakim onayına sunulduğu süreç netleştirilmiş olacaktır. Diğer yandan; yazılı emrin onanması veya onama isteminin reddine ilişkin hakim kararında da açıkça kararın tarih, saat ve dakikasının belirtilmesi gereklidir. Bu sayede tedbirin hukuka uygunluğuna yönelik belirsizlik ortadan kaldırılmış olacaktır.

⁷⁶⁵ Aynı yönde; .Sevük, Suçun Önlenmesi, s.51.

AIHM içtihatlarında da ifade edildiği üzere haberleşmenin gizlice denetlenmesine olanak veren sistem, bu imkanın kötüye kullanılmasına karşı yeterli ve etkili güvenceleri getirmelidir. Böylelikle keyfi uygulamanın önüne geçilmiş olur⁷⁶⁶. Kanunlarda ve yönetmelikte tedbire son verilmesini gerektiren durumlar arasında sürenin dolması, hakim onayının alınamaması ve onay süresinin geçmesi hallerine yer verilmiştir. Ancak tedbire son verilmesini gerektiren haller bunlarla sınırlı değildir. Kanunda belirtilen sürenin geçmesi, sürenin uzatılmasına yönelik istemin red edilmesi, önlenmesi amaçlanan suçun kanunda sayılan katalog suç niteliğini kaybetmesi, önlenmesi amaçlanan suçun önlenemeyerek işlenmesi, suç işleyeceği düşünülen kişinin ölüm veya hastalık gibi nedenlerle suç işleme kabiliyetini kaybetmesi gibi hallerde de tedbirin uygulanmasına son verilmelidir⁷⁶⁷. Doktrinde tedbire son verilmesini gerektiren yasada sayılmamış olan bu haller “tedbirin uygulanmasına devam edilmesini geçersiz kılacak bir durumun ortaya çıkması” olarak ifade edilmekte, yasada yer alan “uygulanan tedbirin sona ermesi halinde...” ibaresinin diğer nedenlerle sona ermeyi de ifade ettiği belirtilmektedir⁷⁶⁸.

5397 sayılı yasa ile getirilen önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin sona ermesi halinde denetlemenin içeriğine ilişkin verilerin en geç on gün içinde yok edilmesi hükme bağlanmaktadır. Sürenin dolması veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde idari merci tarafından verilen yazılı emrin onaylanması istemine yönelik olarak hâkim tarafından red kararı verilmesi halinde tedbir derhal kaldırılır. Bu halde dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir.

Yok etme işlemine ilişkin olarak 10.11.2005 tarih ve 25989 sayılı yönetmelikte; “dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar ilgili kurumların en üst amirinin ve bu kayıtların Başkanlıkta da tutulması halinde Başkanın denetimi altında yok edilecektir” hükmüne yer

⁷⁶⁶ AIHM; İngiltere’ye karşı Malone ve Fransa’ya karşı Kruslin/Huving kararında, AIHS’nin 8/2 hükmü kapsamında bireye yeterli güvencenin sağlanmadığı gerekçesi ile, AIHS’nin 8. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Bkz. Tezcan/ Erdem/Sancaktar, s.294.

⁷⁶⁷ Kanımızca önlenmesi amaçlanan suçun işlendiği veya teşebbüs aşamasında kaldığı durumlarda önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine son verilmelidir. Zira; suçun işlendiği andan itibaren önleyici kolluk faaliyeti sona erer ve ceza muhakemesi hukukunu ilgilendiren aşamaya geçilmiş olur. Doktrinde önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri sona erdiğinde, soruşturma makamlarının hangi aşamada devreye gireceğinin ve bu hususta yetkinin kimde olduğunun belirsiz olduğu ve bir suç işlenip önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine devam edildiğinde elde edilen verilerin yargılama aşamasında kullanılmasının sorun oluşturacağı ifade edilmektedir. Bkz. Şahin, Gazi Şerhi, s.380; Centel/Zafer’e göre; hazırlık aşamasında ve suçların işlendiği süreçte 2559 sayılı yasanın ek 5. maddesine göre iletişim denetlenmesi mümkündür. Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s.424.

⁷⁶⁸ Taşkın, Telekomünikasyon, s.223.

verilmiştir. İletişimin denetlenmesi tedbiri kapsamında kayıtların tutulduğu iki yer söz konusu olabilir. Bunlardan birincisi Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı; diğeri ise tedbire başvuran kurumların ilgili birimleridir. Kayıtların yok edilmesi ve işlemlerin tutanağa bağlanması işlemi de ilgili kurumun en üst amiri yada Telekomünikasyon İletişim Başkanının denetiminde olması kaydıyla verileri kaydeden kuruluş tarafından gerçekleştirilmelidir.

VII. ÖNLEME AMAÇLI İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİ SONUCU ELDE EDİLEN VERİLERİN KULLANIMI

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen verilerin ancak tedbirin düzenlendiği yasalarda belirtilen amaçlar için, yani suçun önlenmesi amacıyla kullanılabileceği kabul edilmiştir⁷⁶⁹. Böylelikle tedbir sonucu elde edilen iletişim içeriklerinin suç soruşturmasında ve kovuşturmada kullanılmasının önüne geçilmiştir. Zira; CMK kapsamında başvuru ile iletişimin denetlenmesi tedbiri sıkı şartlara bağlı olduğu halde, önleme amacıyla başvuru ile iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından aynı sıkı şartlar aranmamaktadır⁷⁷⁰. Önleyici kolluk faaliyeti çerçevesinde başvuru ile iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen verilerin ceza muhakemesinde delil olarak kullanılmasının kabul edilmesi halinde; daha sıkı şartlar arayan CMK hükümlerine başvurulmaksızın, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen iletişim içeriklerinin ceza yargılamasında kullanılması ile yetinmek gibi bir uygulamanın yolu açılmış olacak ve adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin zamanla işlevini yitirmesi durumu ile karşılaşılacaktır⁷⁷¹. Bu nedenle

⁷⁶⁹ Jandarma bakımından bu bilgiler ancak 2803 sayılı Kanunun ek 7. maddesinin (a) bendinde belirtilen “Emniyet ve asayiş ile kamu düzenini sağlamak, korumak ve kollamak, kaçakçılığı men, takip ve tahkik etmek, suç işlenmesini önlemek için gerekli tedbirleri almak ve uygulamak, ceza infaz kurumları ve tutukevlerinin dış korunmalarını yapmak ve CMK’nun 250. maddesinin a, b ve c bentlerinde yazılı suçların işlenmesini önlemek amacıyla” kullanılabilecektir. Polis bakımından; “... devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğine dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak, emniyet ve asayişini sağlamak üzere ...” ve CMK’nun 250. maddesinin birinci fıkrasının a, b ve c bentlerinde yazılı suçların işlenmesini önlemek amacıyla kullanılabilecektir. Milli İstihbarat Teşkilatı bakımından ise; 2937 sayılı yasa kapsamında; “Bu Kanunun 4 üncü maddesinde sayılan görevlerin yerine getirilmesi amacıyla Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen temel niteliklere ve demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı halinde Devlet güvenliğinin sağlanması, casusluk faaliyetlerinin ortaya çıkarılması, Devlet sırrının ifşasının tespiti ve terörist faaliyetlerin önlenmesine ilişkin olarak...” kullanılabilecektir.

⁷⁷⁰ Tedbire konu olabilecek suçlar bakımından özellikle 2937 sayılı yasanın 6. maddesi ile getirilen düzenleme tehlike tedbirleri bakımından önem taşıyan belirlilik ilkesi ile çalışmaktadır. Bu ilkenin bir gereği olarak kişinin devlet tarafından kendisine ne zaman ve hangi kapsamda müdahale edebileceğini bilebilir ve öngörebilir olması gereklidir. Bu bakımdan yasa metninde kullanılan terimlerin yeterince açık olmaması, belirsiz olması, genel kavramlara yer verilmesi halinde yoruma ihtiyaç duyulacağından bu ilkeyle çelişilmiş olur. Bkz. Özbek, Ceza Muhakemesi, s.165.

⁷⁷¹ Şahin, Ceza Muhakemesi, s.264, 265.

önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen verilerin delil olma niteliği bulunmamaktadır. Kanunkoyucu da önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi yoluyla elde edilen verilerin delil olarak kullanılmasını imkan dışı bırakan açık bir düzenlemeye yer vermiştir. Ayrıca tedbirin sona ermesinden itibaren en geç on gün içerisinde elde edilen verilerin tutanak dahilinde yok edilmesini öngören düzenleme de bu verilerin delil değeri taşımadığının göstergesidir⁷⁷².

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine imkan tanıyan tüm düzenlemelerde; önleme amaçlı yürütülen iletişimin denetlenmesi faaliyeti çerçevesinde elde edilen kayıtların sadece ilgili maddelerde öngörülen amaçlar için kullanılabileceği, bunun dışında kalan başka amaçlar için kullanılamayacağı açıkça ifade edildiğinden önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen veriler polis ve jandarma tarafından ancak kamu düzeninin korunması, emniyet ve asayişin korunmasına hizmet edilmesi için istihbarat toplamakta, Milli İstihbarat Teşkilatı yönünden ise casusluk ve terörist faaliyetlerin önüne geçilmesi ve ortaya çıkarılmasında kullanılmalıdır. Ayrıca bu verilerin özellikle ceza soruşturmasında ve kovuşturmalarında delil olarak kullanılmasının mümkün olmadığı da soruşturmanın ve yargılamanın her aşamasında dikkate alınmalı, temyiz incelemesi sırasında bu verilere dayalı olarak mahkumiyet hükmü verildiği tespit edildiğinde ise; CMK'nun 289/1 hükmü kapsamında hukuka kesin aykırılık sebebi bulunduğu gözetilmelidir⁷⁷³. Zira; ceza muhakemesinde bir hususun her türlü delille ispat edilebileceğini düzenleyen delil serbestisi ilkesi⁷⁷⁴ delil yasağı yaptırımı ile sınırlandırıldığından, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen veriler hiçbir şekilde ceza muhakemesinde delil olarak değerlendirilemez⁷⁷⁵. Ayrıca bu verilerin delil olarak değerlendirilmesi mümkün olmadığı gibi, denetlemeyi gerçekleştiren kişilerin tanık olarak dinlenmesi veya verilerin yazılı metne dönüştürülerek keşif konusu haline getirilmesi de söz konusu olamaz.

⁷⁷² 03.07.2005 T. ve 5397 sayılı yasanın 1. maddesine göre; "... Uygulanan tedbirin sona ermesi halinde, dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir. Durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir".

⁷⁷³ Şen, Telefon Dinleme, s.42.

⁷⁷⁴ Ceza Muhakemesi Hukukunda delil serbestliği ilkesinin sınırı insanlık onuru, delillerin yasanın belirlediği sınırlar içinde elde edilmesi ve hüküm verirken hukuka uygun yöntemlerle elde edilen delillerin kullanılmasıdır. Yenisey, Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil, s.35.

⁷⁷⁵ Öztürk delil yasaklarını beş gruba ayırarak tasnif etmektedir. Yazara göre; delil yasakları durumları itibarıyla; aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesine dayalı delil yasakları, ifade ve sorgu sırasında söz konusu olan delil yasakları, ifade ve sorgu dışında söz konusu olan delil yasakları, delil aracı yasakları ve delil konusu yasakları olmak üzere beş gruba ayrılıp olaylara dayalı somut bir ayrıma tabi tutularak ele alınabilir. Öztürk, Delil Yasakları, s.7, 8. Bu ayırmadan hareketle önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen verilerin suç soruşturmasında ve yargılamada kullanılması halinde delil aracı itibarıyla delil yasağı yaptırımıyla karşılaştırılması söz konusu olur.

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınan idari merciler tarafından verilen yazılı emrin onaylanması istemine yönelik olarak, hâkim tarafından red kararı verilmesi veya sürenin dolması nedeniyle tedbire son verilmesi hallerinde tedbirin uygulanması ile red kararının verilmesi veya hakimin yirmidört saatlik karar süresinin dolması arasında geçen azami kırksekiz saatlik süreç içerisinde elde edilen verilerin suçun önlenmesi amacıyla kullanılıp kullanılamayacağı konusuna da değinmek gerekir. Kanaatimizce bu süreç içerisinde somut anlamda suç işleneceği kanaati kişi, yer ve zaman itibarıyla elde edilen verilere dayalı olarak tespit edildiğinde, bu veriler suçun işlenmesinin önlenmesi amacıyla kullanılabilirdir. Kolluk birimleri somut anlamda bir suç işleneceğini, suçun işleneceği zamanı, yeri ve suçu işleyecek kişileri belirlediklerinde elde ettikleri verileri istihbari bilgi olarak adli kolluk birimlerine gizlilik içinde aktarmaları gerekir. Suçun işleneceğini bilinmesine rağmen kolluğun hareketsiz kalmasını gerektiren bir düzenleme bulunmadığı gibi, bu tarz bir uygulama telafisi imkansız zararların ortaya çıkmasına da neden olabilir. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen bu verilere dayalı olarak yapılan değerlendirmenin neticesi adli kolluk birimlerine ihbar edilip, adli kolluk birimleri harekete geçirildiğinde; önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen verilerin doğrudan delil olarak değil sadece delile götüren bilgi olarak kullanılması, elde edilen verilerin başlangıç şüphesine esas alınması söz konusu olur⁷⁷⁶. Delile götüren bilginin ise delil olarak dayanılmadığı taktirde, delil yasakları yaptırımı ile karşılaşması söz konusu olmaz. Bu nedenle önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulandığı aşamada yer, zaman ve kişi bakımından elde edilen somut verilere dayalı olarak suç işleneceği şüphesi kuvvetlendiğinde ilgili önleyici kolluk birimlerinin adli kolluk birimlerine ihbar yükümlülüğünün bulunduğu kabulü gerekir. Aksine davranış ise şartları oluştuğu taktirde TCK'nun kamu görevlisinin suçu bildirmemesi başlıklı 279. maddesi kapsamında ilgili kamu görevlisinin cezai sorumluluğunu gerektirir⁷⁷⁷.

⁷⁷⁶ Aynı yönde bkz. Kaymaz, İletişimin Denetlenmesi, s.495; Taşkın, Telekomünikasyon, s.225.

⁷⁷⁷ Kamu görevlileri görevleriyle ilgili ve re'sen kamu adına soruşturulan bir suçu öğrendiklerinde bunu bildirmekle yükümlüdürler. Kolluk birimleri de CMK'nun 161/2 hükmü uyarınca bir suçla karşılaştıklarında bunu derhal emrinde görev yapmakta oldukları cumhuriyet savcısına bildirmek zorundadırlar. Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s.87; Gerçekten; 5237 sayılı TCK'nun 279. maddesine göre; “(1) Kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Suçun, adli kolluk görevini yapan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında arttırılır”.

VIII. ÖNLEME AMAÇLI İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİNİN DENETİMİ VE İLETİŞİMİN HUKUKA AYKIRI DENETLENMESİ

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin denetimi üç aşamada ele alınabilir. Bu aşamalar; denetleme kararının veya yazılı emrin verildiği aşama, tedbirin icrası aşaması ve tedbir sona edikten sonraki aşamadır. İletişimin denetlenmesi kararının verildiği aşamada veya icrası aşamasında tedbirin gizli uygulanan tehlike tedbirlerinden oluşu nedeniyle, işlemlerin denetiminin tedbire maruz kalan bireyin bilgisi dışında yapılması gerekir. Bireyin bu aşamada tedbirin denetiminde yer alması mümkün değildir⁷⁷⁸. Denetleme kararının veya gecikmede sakınca bulunan hallerde yazılı emrin verildiği aşamada; tedbire bağımsız, tarafsız ve usuli güvencelerine sahip yargılama makamının kararına veya onayına dayalı olarak başvurulduğu görülmektedir. Bu itibarla demokratik toplumun temel ilkelerinden biri olan hukukun üstünlüğü ilkesine işlerlik kazandırılmasının amaçlandığı söylenebilir. Anayasanın 22. maddesi ile güvence altına alınan haberleşme özgürlüğünün, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınan mercinin yazılı emri ile sınırlandırılmasına imkan tanındığı aşamada ancak bağımsız ve tarafsız yargı merciinin etkili denetimi sayesinde demokratik hukuk devleti ilkesi işlerlik kazanabilir. AİHS'nin 8. maddesi ile getirilen güvence de bunu gerektirir⁷⁷⁹.

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin icrasından sonraki aşamada ise temel hak ve özgürlüklerden haberleşme hürriyetinin korunması bakımından bireye yeterli güvence sağlanmadığı görülmektedir. Adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin olarak CMK'nun 137/4 hükmünde; "Tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi halinde soruşturma evresinin bitiminden itibaren, en geç onbeş gün içinde, Cumhuriyet Başsavcılığı, tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında ilgilisine yazılı olarak bilgi verir" hükmü bulunmaktadır. İlgilisine tedbir hakkında bilgi verilmesi yükümlülüğünü getiren bu düzenleme, 5397 sayılı yasa ile düzenlenen önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından öngörülmemiştir. Böylelikle bireyin temel hak ve hürriyetlerinde olan haberleşme

⁷⁷⁸ Sevük, Suçun Önlenmesi, s.52.

⁷⁷⁹ AİHM'nin Klass ve diğerleri kararında idari makamların bireylerin haklarına yaptıkları müdahalenin yargılama makamlarının etkili denetimine tabi olması, denetimin bağımsız, tarafsız ve uygun usuli güvencelere sahip yargısal makamların kontrolünde olması gerektiği ifade edilmektedir. Klass ve diğerleri kararı prg. 55, bkz. Doğru, İnsan Hakları, C.I, s.261.

özgürlüğünün sınırlandırılmasına karşı Anayasanın 40. maddesi ile getirilen güvenceden yoksun kalması sonucu ortaya çıkmıştır⁷⁸⁰.

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin denetimine ilişkin olarak 5397 sayılı yasa ile getirilen düzenlemeler ve 10.11.2005 tarihli yönetmeliğin “denetleme” başlıklı 24. maddesi gereğince; Emniyet Genel Müdürlüğünün önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin faaliyetlerinin idari denetiminin; sıralı kurum amirleri, Emniyet Genel Müdürlüğü ve İçişleri Bakanlığının teftiş elemanları ile Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon tarafından; Jandarma Genel Komutanlığının önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi faaliyetleriyle alakalı kendi birimlerindeki işlemlerine ilişkin idari denetimin sıralı kurum amirleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve İçişleri Bakanlığının teftiş elemanları ile Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon tarafından; Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığınca başvurulmuş önleme amaçlı iletişimin idari denetimi faaliyetleriyle alakalı kendi birimlerindeki işlemlerine ilişkin denetimin ise; sıralı kurum amirleri, Başbakanlık teftiş elemanları ile Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon tarafından yapılacağı öngörülmüştür⁷⁸¹. Ancak Anayasa Mahkemesinin 29.01.2009 tarihli kararıyla 5397 sayılı yasanın 1. maddesi ile PYSK’nun ek 7. maddesine eklenen dokuzuncu fıkrada; 5397 sayılı yasanın 2. maddesine ile 2803 sayılı JTGYK’nun ek 5. maddesine eklenen 8. fıkrada ve 5397 sayılı yasanın 3. maddesi ile 2937 sayılı yasanın 6. maddesine eklenen 8. fıkrada yer alan; “...Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon” ibaresinin ve bu fıkralarda yer alıp uygulanma olanağı kalmayan “... ve ...” ibaresinin iptaline karar verilmiştir⁷⁸². Böylelikle polis, jandarma ve MİT tarafından önleyici kolluk faaliyeti çerçevesinde yürütülen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi faaliyetlerine yönelik kendi birimlerine ilişkin işlemlerinin denetiminde Başbakanın ve dolayısıyla yetkilendireceği kişi veya komisyonun denetim yetkisi tamamı ile ortadan kaldırılarak, önleyici kolluk faaliyetlerinin idari denetiminin yürütme organı

⁷⁸⁰ Anayasanın 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı yasa ile değişik 40. maddesine göre; “Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama gecikmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.

Devlet işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanunyolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.

Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradıkları zararlar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır”.

⁷⁸¹ Bkz. 2559 sayılı PYSK ek m.7; 2803 sayılı JTGYK ek m.5; 2937 sayılı kanun m.6; 10.11.2005 T. ve 25989 sayılı R.G.’de yayınlanan Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi Ve Kayda Alınmasına Dair Usul Ve Esaslar İle Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik m. 24.

⁷⁸² Ay. Mah. 29.01.2009 T., 2005/85 E. ve 2009/15 K. sayılı kararı (kararın gerekçesi henüz yayınlanmamıştır).

tarafından yapılmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Kanımızca iptal kararı ile ortaya çıkan boşluğun ilgili kurumların dışından, bağımsız, geniş yetkilere sahip bir otoritenin denetimine imkan sağlayacak şekilde doldurulması gerekir. Bu nedenle önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi faaliyetlerini idari anlamda denetleyecek, bağımsız yapıya sahip bir kurumun kurulması ve faaliyetlerin idari denetimi görevinin de bu kurum tarafından yerine getirilmesi isabetli bir çözüm yolu olacaktır⁷⁸³. Ayrıca bu kurum başkanının hakimlik teminatına sahip yüksek yargı mensuplarından seçilmesiyle denetim konusunda sağlanan güvence pekiştirilmiş olacaktır.

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin faaliyetler çerçevesinde elde edilen kayıtlar, ilgili kanunlarında belirtilen amaçlar dışında kullanılamaz. Diğer yandan elde edilen bilgi ve kayıtların saklanması ve korunmasında gizlilik ilkesi geçerlidir. Bu ilkelere aykırı hareket edenler hakkında ise ilgili kanunlarında görev sırasında veya görevden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılacağı düzenlenmiştir. Gerçekten 2259 sayılı PVSK'nun ek m.7, 2803 sayılı JTGYK ek m.5 ve 2937 sayılı yasanın 6. maddelerinde, bu maddelerde belirtilen esas ve usullere aykırı olarak başvurulmuş iletişimin denetlenmesi tedbirinin hukuka aykırı olduğu; bu usul ve esaslara aykırı hareket edenler hakkında da 5237 sayılı TCK hükümlerinin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır⁷⁸⁴. Getirilen düzenlemeler esasen keyfiliği önleyici güvenceler getirmektedir. Bu itibarla; hakim veya kanunla yetkili kılınan mercinin yazılı emri olmaksızın iletişimin denetlenmesi durumunda yada karar veya yazılı emirde belirtilen sürenin bitmesinden sonra iletişimin denetlenmesi tedbirinin icrasına devam edilmesi halinde ilgililer hakkında Cumhuriyet savcısınca doğrudan soruşturma açılarak, TCK'nun ilgili hükümleri uyarınca cezalandırılmaları cihetine gidilecektir⁷⁸⁵. Diğer yandan; madde metinlerinde geçen “bu maddede belirtilen usul ve esaslara aykırı dinlemeler hukuken geçerli sayılmaz” ifadesinin de belirsizlik taşıdığı görülmektedir. Zira; gerek hukuka uygun, gerekse hukuka aykırı olarak başvurulmuş önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen veriler delil sayılmamakta ve ceza soruşturmasında kullanılmamaktadır. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen verilerin en geç tedbir sona erdikten sonra on gün içerisinde yok edileceği dikkate

⁷⁸³ Aynı yönde; Kaymaz, İletişimin Denetlenmesi, s.422.

⁷⁸⁴ Bu durumda 5237 sayılı TCK'nun 132. maddesinde düzenlenen haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu işlenmiş olur. TCK'nun 137. maddesi kapsamında haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun kamu görevlisi tarafından ve görevin verdiği yetki kullanılarak işlenmesi söz konusu olduğunda ise hükmolunacak cezanın bu artırımı sebebine dayalı olarak artırılması söz konusu olacaktır. Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi, s.197.

⁷⁸⁵ Bireylerin iletişimini hukuka aykırı denetleyen kişi hakkında ayrıca idari soruşturma açılmasına engel bir hal de bulunmamaktadır.

alındığında, madde metninde yer alan bu ifadenin gereksiz olduğu ve madde metninden çıkarılması gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır.

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu bireylerin oluşan zararları idare hukukunun genel hükümlerine göre devlet tarafından tazmin edilir. Zira; önleyici kolluk faaliyeti çerçevesinde başvurulmuş telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinin idari bir faaliyet olduğu nazara alındığında, bu faaliyet sırasında meydana gelen zararlarından dolayı sorumluluk da idare hukuku hükümlerine göre belirlenecektir⁷⁸⁶. Bu durumda tedbire her ne kadar hakim kararı ile başvuruluyor ise de; bu durum önleyici kolluk faaliyeti çerçevesinde başvurulmuş tedbirin idari niteliğini ortadan kaldırmaz. Tedbir kararı kanuna aykırı olarak verildiğinde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınan mercinin yazılı emrinin onanması isteminin reddine karar verildiğinde veya hukuka aykırı olarak hakim kararı veya yazılı emir bulunmaksızın iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulduğunda, süresi dolduğu halde tedbirin icrasına devam edilmesi halinde, Anayasanın 40, 125 ve 129. maddelerine göre tazminat hukukunun genel esaslarına göre idarenin sorumluluğu cihetine gidilebilir⁷⁸⁷. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri hakkında ilgisine bilgi verilmesi yükümlülüğü öngörülmediğinden idarenin tazminat sorumluluğu oldukça sınırlı alanda kendisini gösterecektir. Gerçekten hukuka aykırı olarak iletişimin denetlenmesi tedbirine başvuran ilgililer hakkında soruşturma açılıp, tedbire maruz kalanın mağdur sıfatıyla beyanına başvurulduğunda ilgilinin tedbirden haberdar olması söz konusu olacağından, idare aleyhine ancak bu durumda hukuki yollara başvurulabilmesi mümkün hale gelecektir.

⁷⁸⁶ Günday, s.413;

⁷⁸⁷ Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri dolayısıyla açılacak davalarda hasım olarak İçişleri Bakanlığının gösterilmesi gerektiği hk. bkz. Altıparmak, Kerem, Büyük Biraderin Gözetiminden Çıkış: Telefonların İzlenmesinde Devletin Sorumluluğu, TBBD, S. 63, Y. 2006, s.63, 64.

IX. TESADÜFEN ELDE EDİLEN VERİLER

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin adli amaçlı denetlenmesi sırasında tesadüfen elde edilen delillerin kullanılıp kullanılmayacağına ilişkin olarak CMK'un 138/2 hükmü ile getirilen düzenleme öncesinde açıklık bulunmamaktaydı⁷⁸⁸. Gerçekten 5271 sayılı CMK'nun yürürlüğe girmesinden önceki aşamada gerek ÇASÖMK'nda, gerekse CMUK'nda tesadüfen elde edilen delillere ilişkin bir açıklık bulunmamaktaydı. Ancak CMK'nun 138/2 hükmünde; yapılan koğuşturma veya soruşturma ile ilgili olmayan, ancak CMK'nun 135. maddesinin altıncı fıkrasında yer alan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek nitelikte olması halinde, tesadüfen elde edilen delillerin muhakemede kullanılabilmesine imkan tanınmaktadır. Bunun dışında tesadüfen elde edilen delil maddede sayılan suçlarla ilgili değil ise; temel hak ve özgürlüklerin istisnai niteliği ve delil yasaklarının doğal sonucu olarak muhafazası mümkün olmayıp derhal yok edilmesi gereklidir. Kanaatimizce bu durumda elde edilen delilin muhafaza edilmemesi, ancak durumun ihbar kabul edilerek diğer soruşturma araçları kullanılarak derhal soruşturmaya başlanabilmesi gerekir⁷⁸⁹.

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından; tedbirin önleyici niteliği ve adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinden amacı itibariyle farklı oluşunu dikkate alarak çalışmamızın bu bölümünde konuya ilişkin olarak tesadüfen elde edilen veri terimini kullanmış bulunmaktayız. Burada dikkati çeken husus veri yada bilgi elde etmenin önleme niteliğine sahip olması, bu yönüyle kolluğun bu faaliyetinin bir şüpheyeye dayanmasının aranmamasıdır. Bu aşamada kolluğun faaliyette bulunması zaman bakımından öne çekilmiş olmaktadır. Böylelikle de şüphenin ön alanı idari kolluğun müdahale alanı haline getirilmiş bulunmaktadır⁷⁹⁰.

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin olarak 5397 sayılı yasa ile getirilen düzenlemelerde tesadüfen elde edilen verilere ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin icrası sırasında tesadüfen elde edilen veri, önlenmesi amaçlanan suç dışında başka bir suçun işleneceğine ilişkin olarak elde edilen veridir. Önceki aşamalarda belirttiğimiz gibi, önleme amaçlı iletişimin

⁷⁸⁸ CMK sisteminde tesadüfen elde edilen delil; yapılan soruşturma ile ilgisi bulunmayan, soruşturma yapılırken bir başka suçun işlendiğini gösteren ve soruşturma yapılırken ele geçen delil olarak nitelendirilmektedir. Erdem, İletişimin Denetlenmesi, s.107.

⁷⁸⁹ Özbek, Ceza Muhakemesi, s.435.

⁷⁹⁰ Özbek, Ön Alan Soruşturmaları, s.58.

denetlenmesi tedbirine Mili İstihbarat Teşkilatı tarafından 5397 sayılı Kanunun 3. maddesi ile Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanununun 6. maddesine eklenen hüküm uyarınca; 2937 sayılı yasanın 4. maddesinde sayılan görevlerin yerine getirilmesi, devlet güvenliğinin sağlanması, casusluk faaliyetlerinin ortaya çıkarılması, devlet sırrının ifşasının tespiti ve terörist faaliyetlerin önlenmesi amacıyla başvurulabilecektir. Jandarma ve polis ise; CMK'nun 250. maddesinin birinci fıkrasının a, b, ve c bentlerinde yer alan suçların önlenmesi amacıyla bu tedbire başvurulabilmektedir. Sınırlı sayıdaki suçlara ilişkin olarak verilen tedbir kararı kapsamında yürütülen önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin icrasında tedbirin uygulandığı suç dışında başka bir suçun işleneceğine ilişkin tesadüfi veriler de elde edilebilir. Bu suç önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanabileceği suçlardan olabileceği gibi bu suçlar dışında başka bir suç da olabilir.

Tesadüfen elde edilen verinin sınırlı sayıdaki suçlar dışında kalan suçların önlenmesi amacıyla kullanılabileceği kabul edildiği taktirde; 5397 sayılı yasayla tedbire başvurulabilecek suçlarla ilgili olarak getirilen sınırlamanın bir anlamı kalmayacağı, suçlarla ilgili sınırlamanın sadece tedbir kararı verilmesinde esas alınacağı, tedbirin devamı süresince elde edilen verilerin tüm suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla kullanılabileceği, böylelikle Anayasanın 22. maddesi ile güvence altına alınan haberleşme özgürlüğünün kanunla çizilen sınırının dışına çıkılarak sınırlandırılmış olacağı düşünülebilir. Ancak bu düşünceden hareket edildiğinde; kolluk suçun işlenmesine seyirci kalmış olacak, idari kolluk faaliyetinin temelini oluşturan kamu düzeninin sağlanması işlevi yerine getirilemeyecek, suçun işleneceği kolluk görevlilerince bilinmesine rağmen müdahale edilememesi gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır. Bu noktada öncelikle önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen veri, 5397 sayılı yasa ile getirilen düzenleme gereğince tedbirinin sona ermesi halinde derhal ve herhalde en geç on gün içinde yok edilmektedir. Ayrıca elde edilen verilerin tedbire maruz kalan kişi hakkında soruşturma açılması veya yürütülmekte olan adli soruşturmada yada devam eden yargılamada delil olarak kullanılmak üzere muhafaza edilmesi söz konusu olmamaktadır. Kanımızca bu durumda tedbire başvuran idari kolluk birimleri durumu gizlilik içinde ilgili mercilere ihbar etmeli, elde edilen istihbari bilginin paylaşımı yoluna gidilerek diğer suçların işlenmesi önlenmelidir. Tedbire başvurmakla ulaşılmak istenen amaçla, haberleşme özgürlüğüne bu yolla getirilen sınırlama arasındaki denge dikkate alındığında bu durumda temel hak ve özgürlükler aleyhine yapılmış bir uygulama söz konusu olmayacaktır. Bu nedenle Anayasanın 13. maddesi ile güvence altına alınan ölçülülük ilkesine de aykırı hareket edilmiş olmaz. Bunun dışında tesadüfen elde edilen veriler başka bir suç

işleneceği şüphesini kuvvetlendirdiği aşamada da ilgili kolluk birimlerine gecikmeksizin gizlilik içinde bilgi verilmesi yanında bu hususta tutanak da düzenlenmelidir. Diğer yandan hakkında önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri kararı verilen kişi hakkında yapılan denetim sırasında başka bir kişinin suç işleyeceğine ilişkin veriler de elde edilebilir. Bu durumda da hakkında tedbir uygulanan kişi dışındaki kişi hakkında ilgili kolluk birimlerine bildirimde bulunularak tedbirin uygulanabileceği veya uygulanamayacağı suçların işlemesi önlenmelidir⁷⁹¹. Bu noktada kolluğun işlenecek suça karşı duyarsız kalmak yükümlülüğünde bulunduğu kabulü mümkün değildir.

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin düzenlendiği 5397 sayılı yasanın birinci maddesinin altıncı fıkrasında; “... Bu madde hükümlerine göre yürütülen faaliyetler çerçevesinde elde edilen kayıtlar, birinci fıkrafta belirtilen amaçlar dışında kullanılamaz” hükmüne yer verilerek, açıkça önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen verilerin polis ve jandarma bakımından kamu düzeninin korunması, emniyet ve asayişin sağlanmasına hizmet etmek için istihbarat toplamakta ve Milli İstihbarat Teşkilatı yönünden ise casusluk ve terörist faaliyetlerin önüne geçilmesi ve ortaya çıkarılmasında kullanılmasına imkan tanınmıştır. Elde edilen verilerin başka maksatlarla kullanılmaması, dolayısıyla ceza soruşturması ve kovuşturmasında delil olarak sunulmaması öngörülmüştür⁷⁹². Doktrinde bir görüşe göre; önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin PVSK’nun ek 7. maddesinin 7. fıkrasında yer alan düzenlemede; “Bu madde hükümlerine göre yürütülen faaliyetler çerçevesinde elde edilen kayıtlar, birinci fıkrafta öngörülen amaçlar dışında kullanılamaz” hükmüne yer verildiği, bu hükmün ilk incelemesinde önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen verilerin delil olarak sunulamayacağının ileri sürülebileceği, ancak bu düşüncenin kabul edilebilir olmadığı, şayet usulüne uygun dinleme ve tespit yapılmış ise bu yolla elde edilen kayıtların ceza soruşturması başlatılmasına dayanak

⁷⁹¹ Aynı yönde; Taşkın, Telekomünikasyon, s.231.

⁷⁹² Fransa’da iletişimin denetlenmesi tedbirine önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri ile başlanmakta, tedbir sonucu herhangi bir veri elde edilemediği takdirde tedbire son verilmekte, yeterli veri elde edildiğinde ise hakimden adli amaçlı iletişimin denetlenmesi kararı talep edilmektedir. Diğer yandan; önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen verilerin, adli amaçlı kullanılması yasaktır. Bu nedenle de Fransa’da önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine daha sınırlı olarak başvurulmaktadır. Bkz. Anayurt, Türk ve Fransız Hukukunda Telefon Dinlemeleri, s.54; İngiltere’de ise; *Interception Of Communication Act*’a göre iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen verilerin yargılamada kullanılması mümkün değildir. Günümüzde de iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen verilerin delil olarak kullanılması kural olarak mümkün değildir. Bunun gerekçesinin de kolluğun soruşturma yeteneklerinin deşifre edilmesi endişesi olduğu ifade edilmektedir. 2000 yılında kabul edilen RIPA’nın 17. maddesinde iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen verilerin yargılamada kullanılması yasaklandığı halde; 18. maddede bazı ciddi suçlar bakımından istisna getirilerek bu suçlar bakımından iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen verilerin yargılamada delil olarak kullanılması kabul edilmiştir. Özdoğan, Teknik Dinleme, s.167-169.

oluşturabileceği ve ayrıca dinlemeye konu suçların CMK'nun 135/6 hükmünde yer alan suçlardan olması halinde elde edilen kayıtların delil değerinin bulunacağı ifade edilmektedir⁷⁹³. Kanaatimizce adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin düzenlendiği CMK'nun 135 ve devamı hükümlerinde adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmasına ilişkin olarak öngörülen şartlardaki farklılıklar ve önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmasındaki kolaylık karşısında, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen verilere ceza soruşturması ve yargılamasında değer verildiğinde, kolluk kuvvetlerinin sürekli olarak önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinden hareketle delil toplamayı amaçlaması ve bu yolla kanunun dolanılması sonucunun doğması kuvvetle muhtemel hale gelecektir. Bu nedenle kişi hak ve özgürlükleri, özellikle şüpheli ve sanık haklarının korunması bakımından bu yolla elde edilen verilerin hiçbir şekilde delil niteliği taşımadıklarının, ceza soruşturmasında ve yargılamasında delil olarak ortaya konamayacaklarının kabulü gerekir. Diğer yandan yukarıda da belirttiğimiz üzere önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin icrası sırasında somut anlamda suç işleneceği kanaati kişi, yer ve zaman itibarıyla elde edilen verilere dayalı olarak somut olarak tespit edildiğinde, bu veriler diğer suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla kullanılabilir. Kolluk birimleri somut anlamda bir suç işleneceğini, suçun işleneceği zamanı, yeri ve suçu işleyecek kişi yada kişileri önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin icrası aşamasında belirlediklerinde, elde ettikleri verileri istihbari bilgi olarak adli kolluk birimlerine gizlilik içinde aktarmaları gerekir. Suçun işleneceği bilinmesine rağmen kolluğun hareketsiz kalmasını gerektiren bir düzenleme bulunmadığı gibi, suçun işlenmesi telafisi mümkün olmayan sonuçların ortaya çıkmasına yol açabileceğinden bu tarz bir uygulama kabul edilebilir de değildir. Ayrıca önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen bu veriler sonucu yapılan değerlendirmenin neticesi adli kolluk birimlerine bildirilip adli kolluk birimleri harekete geçirildiğinde önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen verilerin doğrudan delil olarak değil, sadece delile götüren bilgi olarak kullanılması söz konusu olur.

⁷⁹³ Şen, İletişimin Denetlenmesi, s.102.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE MAHKEME İÇTİHATLARINDA HABERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRILMASI

I. GENEL OLARAK

İnsan haklarının uluslararası alanda korunması düşüncesi her ne kadar Birinci Dünya Savaşı bitiminden itibaren belirmeye başlamışsa da, bu korumanın derinlik kazanması İkinci Dünya Savaşı sonrasında gerçekleşebilmiştir. Bunda savaş öncesi ve savaş sırasında o güne kadar görülmemiş ölçüde insan hakları ihlalleriyle insanlığın açık bir şekilde karşı karşıya kalmasının payı büyüktür. Savaşın ardından, uluslararası barışın ve güvenliğin sağlanmasının önkoşulunun insan haklarının korunması ve geliştirilmesi olduğu fikri hemen hemen her yerde kabul görmeye başlamıştır. Bu aşamada insan hakları yalnızca devletleri ilgilendiren ve onların egemenlik sahalarına giren bir konu olmaktan çıkarak uluslararası bir boyut kazanmıştır. Bunun temelinde; ne kadar iyiniyetli yaklaşılsa yaklaşılsın, ne kadar insan hakları açısından parlak bir geçmişe sahip olunursa olunsun, insan haklarının ulusal sınırlar içinde yeterince korunması sisteminin kurulamaması veya kurulmuş olsa bile zamanla değişen olaylar ve ortaya çıkan siyasal yapılarla birlikte korunamaması ve kendi başlarına bırakıldıklarında kağıt üzerinde kalabilmesi olgusu yatmaktadır⁷⁹⁴.

İnsan haklarının evrensel ölçekte korunması ve geliştirilmesinde Birleşmiş Milletler Teşkilatının kurulması ve hemen ardından 10 Aralık 1948 tarihinde yayınlanan Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Bildirisi önemli bir köprü işlevi görmüştür. Daha sonra Birleşmiş Milletlerin amaçları ve ilkelerinden yola çıkılarak ve İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin deyimlerinden yararlanmak suretiyle bir kısım batı Avrupa devletleri insan haklarına saygı temeline dayanan ve daha sonra Avrupa kamu düzeni olarak adlandırılacak bir oluşumu gerçekleştirmek amacıyla Avrupa Konseyini kurmuşlardır. Konseyin girişimleri ile de 04.11.1950 tarihinde insan haklarının etkili bir şekilde korunmasının modelini oluşturan,

⁷⁹⁴ Gündüz, Arslan, Gelişmiş Batı Avrupa Ülkelerinde İnsan Haklarının Korunması, Türklerde İnsani Değerler ve İnsan Hakları-3. Kitap, İstanbul 1993, s.28; Anayurt, Ömer, Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu, Ankara 2004, s.17.

resmi adı “İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Koruma Avrupa Sözleşmesi” olan ve “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi” olarak anılan sözleşme ortaya konularak 03.09.1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin insan haklarının uluslararası hukuk sistemi içerisinde korunmasında bugüne kadar insanlığın ortaya koymuş olduğu en başarılı ve en ileri düzeydeki belge olduğu kabul edilmektedir⁷⁹⁵. Sözleşme kişisel ve siyasal hakların güvence altına alınması bağlamında ihlalcı devlete karşı bir yandan taraf devletlere, diğer yandan da kişilere başvuru mekanizmasını harekete geçirme yetkisini tanıyarak diğer uluslararası sözleşmelerden ayırt edici özellikte uluslararası koruma mekanizmasını oluşturmaktadır⁷⁹⁶. Ayrıca sözleşme ile güvence altına alınan haklar yanında, zaman zaman gerçekleştirilen ek protokollerle de sözleşmenin kapsamı genişletilmektedir⁷⁹⁷. Bu konuda AİHM içtihatlarının da önemli rolü bulunmaktadır. Türkiye sözleşmeyi 10 Mart 1950 tarih ve 6366 sayılı yasa ile uygun bulmuş ve onay belgesinin 18 Mayıs 1954 tarihinde teslim edilmesiyle sözleşme Türkiye açısından yürürlüğe girmiştir⁷⁹⁸.

Bu açıklamalardan sonra sözleşmenin özellikleri şu şekilde sıralanabilir⁷⁹⁹;

-Sözleşme bireyi uluslararası hukukta hak sahibi yapmıştır. Sözleşme ile bireye tanınan hakları çiğneyen devlete karşı AİHM’ne başvurabilme imkanı getirilerek, bireyin uluslararası alanda kişilik kazanması sağlanmış ve birey uluslararası hukukun süjesi durumuna getirilmiştir.

- Sözleşme ile getirilen denetim sisteminin önemli bir unsuru ise bireysel başvuru hakkının tanınmasıdır.

- Ortak güvence sistemi olarak adlandırılan devlet başvurusu da sözleşme tarafından sağlanan koruma mekanizmasının bir parçasını oluşturmaktadır⁸⁰⁰.

⁷⁹⁵ Münici, Kapani, İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, İstanbul 1987, s.48; Sencer, Muzaffer, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı, Ankara 1987, s.4.

⁷⁹⁶ Yüzbaşıoğlu, Nemci, Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine, İHMD, Mayıs, 1994, s.26.

⁷⁹⁷ 11 nolu protokol sözleşmenin getirdiği uluslararası koruma sistemini komisyon divan ayırımına son vererek değiştirmiştir. Bu nedenle çalışmamızda sadece mahkeme terimine yer vermeyi uygun gördük. 11 nolu protokolle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Tezcan/Erdem/Sancaktar, s.82 vd.; Tezcan, Durmuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yeni Oluşumu ve Türkiye’ye İlişkin Bazı Davaları Hakkında Gözlemler, İzmir BD, C.72., S.10- 11-12, İzmir 1998, s.50 vd.

⁷⁹⁸ Gözübüyük/Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, s. 18.

⁷⁹⁹ Bkz. Akıllıoğlu, İnsan Hakları I, s. 202 vd.; Tezcan/Erdem/Sancaktar, 53; Batum, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, s.34 vd; Çavuşoğlu, Naz, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukukundaki Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine, Ankara 1994, s.56 vd.

- Sözleşme karşılılık ilkesine dayanmamaktadır.
- Sözleşmenin sağladığı güvence ikincildir.
- Sözleşme ile sağlanan haklardan yabancılar da yararlanır.
- Sözleşme yargısal organlara koruyuculuk görevi vermiştir.
- Sözleşme ulusal hukuku etkilemektedir⁸⁰¹.
- Sözleşme bir yandan temel hakları belirtirken, diğer yandan da bunlara bazı sınırlamalar getirmiştir.
- Sözleşme ile devletlerin çekince koyma hakları sınırlandırılmıştır⁸⁰².

II. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNİN İÇ HUKUKTAKİ YERİ VE KİŞİSEL BAŞVURU HAKKININ KABULÜ

1982 Anayasasında uluslararası anlaşmaların hukuk sistemi içindeki yerini belirleyen iki düzenleme bulunmaktadır. Bunlardan birincisi; uluslararası anlaşmaların kanun gücünde olduğu hükmü, diğeri ise anayasaya aykırılıklarının ileri sürülemeyeceği hükmüdür⁸⁰³. 07.05.2004 tarih ve 5170 sayılı yasayla Anayasanın 90. maddesine eklenen son fıkra ile; “usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermeleri nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda anlaşma hükümleri esas alınır” hükmü getirilmiştir. AİHS’nin kanun gücünde olması ve doğrudan uygulanabilirliği konusunda bir tartışma bulunmamaktadır⁸⁰⁴. Ancak doktrinde Anayasanın 90. maddesinde yer alan usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş uluslararası anlaşmalar hakkında “Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz” kuralının sonuçlarının tartışıldığı görülmektedir. Bir görüşe göre; usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş uluslararası anlaşmalar kanunlarla aynı

⁸⁰⁰ Ortak güvence adı verilen sistemde; sözleşme ile güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin korunmasında her sözleşmeci devlet tek tek diğer sözleşmeci devletlerin sözleşmeye saygılı olup olmadığını denetlemekle yükümlüdür. Bu yükümlülük sadece kendi çıkarlarını koruma amacına yönelik değil, sözleşmenin uygulama alanı içinde bulunan herkesin haklarına ve genel olarak da sözleşmeye saygı gösterilmesi amacına yönelik bulunmaktadır. Böylelikle sözleşmenin güvence altına aldığı insan haklarının korunmasında sözleşmeci devletler açısından nesnel bir sorumluluk getirilmiş ve insan hakları alanında bir kamu düzeni oluşturulmuştur. Fakat uygulamada devletler ya siyasal bir baskı aracı olarak yada dolaylı da olsa uyruklarının veya kendilerinin çıkarlarını korumak için bu yola başvurmaktadırlar. Bkz. Tezcan/Erdem/Sancaktar, s.142; Gölcüklü, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna Bireysel Başvuru Hakkı, Ankara 1995, s.1.

⁸⁰¹ Sözleşmenin iç hukuka olan etkileri hk. bkz. Gemalmaz, Mehmet Semih, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukuktaki Yeri, Hukuk Kurultayı 2000, 12-16 Ocak 2000, C.1, Ankara 2000, s.231.

⁸⁰² Çekince koyma imkanı ile ilgili olarak bkz. Tezcan/Erdem/Sancaktar, s.56.

⁸⁰³ Gözübüyük/ Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, s.19.

⁸⁰⁴ Batum, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, s.42; Tezcan/Erdem/Sancaktar, s.66.

değerde olup, birbirlerine üstünlüğü söz konusu değildir. Anlaşmaların Anayasaya aykırılığının ileri sürülememesi kuralı yürürlüğe girmiş bir anlaşmaya aykırı kanun çıkarılmasına engel olmadığı gibi, var olan kanunun sözleşmeye aykırı olmayacağına ilişkin bir kural da bulunmamaktadır. Bu yaklaşım uluslararası düzenlemelerin ancak ulusal kanunlar kadar hukuk düzeninde geçerli olduğunu kabul etmektedir⁸⁰⁵. Diğer görüş ise; uluslararası anlaşmaların anayasaya aykırılığı ileri sürülemediğinden, uluslararası anlaşmaların kanunların üstünde olduğu sonucunun ortaya çıktığını; kanun ile anlaşmalar karşılaştırıldığında anlaşmaların Anayasa'ya aykırı olduğu durumlarda bile Anayasanın değil anlaşmanın uygulanacağını, iç hukukun bir parçası olan anlaşmanın Anayasa'ya aykırı kurallar içerse bile Anayasaya aykırılığının ileri sürülemeyeceğinden Anayasaya rağmen uygulanabileceğini, bu nedenle usulüne göre yürürlüğe konulmuş anlaşmaların yasaların üstünde olduğunu ifade etmektedir⁸⁰⁶. Anayasanın 90. maddesinde 5170 sayılı kanunla yapılan değişiklikle bütün uluslararası anlaşmaların kanunlardan üstün tutulacağına ilişkin düzenlemeden vazgeçilerek, sadece temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin kanunlara önceliği olacağı hüküm altına alınmıştır. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin AİHS'ni Türkiye onayladığından sözleşme ile iç hukuk düzenlemeleri arasında çatışma çıktığında sözleşme hükümleri üstün tutularak uyumsuzluk çözümlenecektir. Esasen AİHS sui generis (nev'i şahsına münhasır) bir sözleşme olduğundan taraf devletlerin çıkarlarını uzlaştıran, klasik bir anlaşmadan öte sözleşmenin başlangıç metninde de belirtildiği gibi bir amacı müştereken gerçekleştirmeye yönelik bir yasa anlaşmadır. Taraf ülkelerde doğrudan uygulanma güç ve yeterliliğine sahiptir. Bu itibarla AİHS bakımından uluslararası anlaşmaların kanunlara üstünlüğüne yönelik tartışmalar da teorik ve akademik düzeyde kalmaktadır. Sözleşmeye taraf devletler bütün organlarıyla sözleşme hükümlerine uygun davranmayı taahhüt ettiklerinden, sözleşmenin uygulanmasında yasama, yürütme ve yargılama erkleriyle sorumludurlar. Herhangi bir işlemle sözleşme hükümlerinden birinin çiğnediği saptandığında, ilgili devlet AİHM kararının gereğini sözleşmenin 41 ve 46. maddeleri gereğince değiştirilmesi gereken kural Anayasa kuralı dahi olsa yerine getirecektir⁸⁰⁷.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi insan haklarının korunmasını ulusal düzeyden çıkarıp uluslararası alana taşıyarak bireyi uluslararası hukukun süjesi haline getirmiştir.

⁸⁰⁵ Meray, Seha L., Devletler Hukukuna Giriş, C.1 , Ankara 1968, s.132; Pazarcı, Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri, Ankara 1994, C.1, s.31; Balta, Tahir Bekir, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye, Ankara 1970, s.278.

⁸⁰⁶ Akipek, Ömer İlhan, Devletler Hukuku, Ankara 1970, s.278.

⁸⁰⁷ Gözübüyük/Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, s.22.

Türkiye, taraf olduğu Avrupa İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesinin 25. maddesi uyarınca Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna kişisel başvuru hakkını, 22 Ocak 1987 tarih ve 87/11439 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile tanımıştır. AİHS'nin 19-56. maddelerini değiştiren ve 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe giren 11 nolu protokol ile de AİHS'nin 34. maddesinde kişisel başvuru hakkına yer verilmiştir. Sözleşmenin 34. maddesine göre; “gerçek kişiler”, “hükümet dışı kuruluşlar” ve “kişi toplulukları”, AİHS'ne taraf bir devletin, bu sözleşmede ve protokollerinde öngörülen temel hak ve özgürlüklere aykırı davranarak kendilerine zarar verdiği iddiasıyla, bu devlete karşı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurabilirler⁸⁰⁸. Devletler bu hakkın etkin bir şekilde kullanılmasına hiçbir suretle engel olmamakla yükümlüdürler. Bireylerin (gerçek kişilerin, hükümet dışı kuruluşların, kişi topluluklarının) AİHM'ne başvurabilmesi, eski düzenlemeden (m. 25/1) farklı olarak, taraf devletin “bireysel başvuru konusunda” AİHM'nin yetkisini kabul etmiş bulunmasına bağlı değildir. Sözleşmenin 34. maddesindeki “hükümet dışı kuruluşlar” deyiminden, özel hukuk tüzel kişilerinin, örneğin siyasal partiler, sendikalar, şirketler, vakıflar, dernekler vs. anlaşılması gerekir⁸⁰⁹. Hükümet dışı kuruluşlar AİHM'ne sadece üye devletin AİHS'ne aykırı davranarak “kuruluşa” zarar vermeleri halinde başvurabilirler. Kuruluşların, üyelerinin hakkına zarar verildiği iddiasıyla AİHM'ne başvurma hakkı yoktur. Diğer yandan kamu tüzel kişileri de AİHM'ne başvuramazlar. Tüzel kişiliği olmayan “kişi toplulukları”nın AİHM'ne başvurabilmesi ise, topluluğun kapsadığı kişilerin başvuruyu bizzat imzalamış olmasına veya belli kişi veya kişilere bu konuda temsil yetkisi verilmiş bulunmasına bağlıdır⁸¹⁰.

⁸⁰⁸ Gerçek kişiler başvuru hakkını bizzat kullanabilecekleri gibi herhangi bir yasal temsilci aracılığı ile de kullanabilirler. Ancak başvuru sahibinin bir akrabası yada uygun gördüğü bir kişi tarafından mahkemede temsil edilmesi durumunda, başvuru sahibinin temsil etme yetkisi olduğuna dair yetki belgesini mahkemeye ibraz etmesi gerekir. Böyle durumlarda mağdur ile başvurucu arasındaki hukuksal ilişki ancak yetki belgesi ile ortaya konabilir. Bkz. Anayurt, Kişisel Başvuru Yolu, s.164.

⁸⁰⁹ Hükümet dışı kuruluşlar; ticari amaç taşımayan, gönüllülüğü esas alan, ortak çıkarları korumak amacıyla devlet örgütü dışında yer alan, kamu gücünden doğrudan veya dolaylı olarak yararlanmayan, tüzel kişiliği olsun veya olmasın ilke olarak özel hukuk alanında faaliyet gösteren edebi, mesleki, siyasi, bedii, hayri kuruluşlar olarak tanımlanabilirse de, kuruluşun hangi durumda hükümet dışı kuruluş, hangi durumda kişi topluluğu olduğunu net bir biçimde ortaya koyabilmek oldukça güçtür. Bu husus Strasbourg organlarının kararlarında ve öğretide yer verilen açıklamalarda da açıkça görülmektedir. Bkz. Anayurt, Kişisel Başvuru Yolu, s.169, 170.

⁸¹⁰ Reisoglu, Sefa, Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları, İstanbul 2001, s.172.

III. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNİN 8. MADDESİNİN UYGULAMA ALANI VE İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİ BAKIMINDAN GETİRDİĞİ SINIRLAMALAR

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin, “Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması” başlıklı 8. maddesinde, genel olarak özel hayatı, aile hayatını, konutu ve haberleşme hürriyetini güvence altına alan bir düzenleme getirmiştir⁸¹¹. Mahkeme kararları incelendiğinde bu maddenin genellikle sözleşmenin evlenme ve aile kurma hakkını düzenleyen 12. maddesi ile birlikte değerlendirildiği görülmektedir⁸¹². Ayrıca 1 nolu protokolün 2. maddesinde özel hayat ve aile hayatını ilgilendiren konular yer almaktadır⁸¹³. İfade hürriyetinin düzenlendiği sözleşmenin 10. maddesinde de özel hayatı kitle iletişim araçları karşısında koruyan ve güvence altına alınmasına imkan tanıyan düzenleme bulunmaktadır.

Adil yargılanma hakkının düzenlendiği sözleşmenin 6. maddesinde ise; öncelikli olarak duruşmaların aleniyeti kabul edilmekle birlikte, “... demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına küçüklerin korunması ve davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar vereceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir” hükmüyle, aleni yargılama ilkesine getirilen sınırlama ifade edilmiştir. Bu itibarla; sözleşmenin 6. maddesinde adil yargılanma hakkı çerçevesinde öngörülen aleni yargılamaya getirilebilecek sınırlamaya özel hayatın gizliliğinin de gerekçe oluşturduğu

⁸¹¹ AİHS’nin 8. maddesi anlamında haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkı; kesintiye uğramadan ve sansür edilmeden başkalarıyla iletişim kurma hakkıdır. Bkz. Çoksezen, Atakan, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Ceza Muhakemesi Tedbiri Olarak İletişimin Dinlenmesi, İstanbul 2006, s.4.

⁸¹² Bkz. Gomien, Donna, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi El Kitabı, (çev. Serkan Cengiz/Utku Kılınç), İzmir 2008.

⁸¹³ Özel hayata saygı hakkı ilk kez 22-23 Mayıs 1967 tarihinde Stockholm’de toplanan Kuzey Memleketleri Hukukçular Kongresinde ele alınmıştır. Kongrede öncelikle “özel hayata saygı hakkının” niteliği belirtilerek özel hayata saygı gösterilmesi hakkının tanımı yapılmıştır. Buna göre özel hayata saygı gösterilmesi hakkı; “Kişinin en ufak dış müdahale olmaksızın kendi varlığını dilediği gibi sürdürebilmesinde serbest olmasıdır” şeklinde tanımlanmış ve kişilerin hangi hususlara karşı korunacağı belirtilmiştir. Kongrede kişinin telefon haberleşmesinin dinlenmesi, haberleşmeye elkonulması, kişinin takip edilerek, gözetlenerek, dinlenerek taciz edilmesine karşı korunacağı belirtilmiştir. Diğer yandan kongrede özel hayatın korunması ve gizliliği hakkının sınırsız olmadığı, kamu düzeni ve kamu menfaatlerine uygun olarak kullanılması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca sınırlamalar konusunda da AİHS’ne atıflar yapılmış, AİHS’nin 8/2 hükmünün sınırlama yapılırken gözönüne alınacağı belirtilmiştir. Kongrede özel hayata karşı saldırılardan bireyleri korumak için devletler tarafından gerekli yasal düzenlemelerin yapılması gerektiği, hukuka saygılı devletler açısından bunun zorunlu olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Donay, Özel Hayat, s.439; Şen, Devlet ve Kitle İletişim Araçları, s.76 vd.

görülmektedir. Bu noktada özel hayat gerek basına, gerekse tüm şahıslara karşı güvence altına alınarak yargılama makamının değerlendirmelerine göre duruşmaların kısmen veya tümüyle gizli yapılması gerekli olduğu takdirde, izleyicilerin duruşma salonundan çıkarılabileceği ifade edilmiştir. Bununla birlikte kararın alenen açıklanması gerektiği ifade edilmektedir⁸¹⁴.

Sözleşmenin kişi onurunu güvence altına alan 3. maddesine yönelik aykırılığın, benzer çıkarları koruması bakımından 8. maddeye de aykırılık teşkil etmesi çoğu zaman mümkündür⁸¹⁵. Bu nedenle mahkeme karşılaştığı başvurularda 8. madde ile ilgili değerlendirmeleri bu maddeler ile birlikte yapmaktadır.

Haberleşme özgürlüğünü güvence altına alan özel hayatın ve aile hayatının korunması başlıklı sözleşmenin 8. maddesi iki fıkradan oluşmaktadır. Birinci fıkra; “herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir” hükmü yer almaktadır. Böylelikle sözleşmenin 8. maddesinin birinci fıkrası ile devletin birey için teminat altına aldığı hakların tam olarak hangileri olduğu belirtilmektedir⁸¹⁶. Düzenleme ile haberleşmenin gizliliği iletişim araçları bakımından ayırım yapılmaksızın tümüyle korunmaktadır⁸¹⁷. Birinci fıkra ile oldukça soyut ve geniş şekilde düzenlenen haberleşme özgürlüğünün sınırlanmasına ilişkin ilkelere ise maddenin ikinci fıkrasında yer verilmiştir.

Sözleşmenin 8. maddesinin ikinci fıkrasına göre; “Bu hakların kullanılmasında bir kamu otoritesi tarafından müdahale, demokratik bir toplumda ancak ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, birlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi⁸¹⁸, sağlığın ve ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olan ölçüde ve kanunla öngörülmüş olmak şartıyla söz konusu olabilir”. Böylelikle

⁸¹⁴ Adil yargılanma hakkı ile ilgili olarak bkz. Schroeder/Yenisey/Peukert, Ceza Muhakemesinde Fair Trial İlkesi, İstanbul 1999, s.16 vd.

⁸¹⁵ Özbek, Arama, s.48.

⁸¹⁶ Kilkelly, Ursula, Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı, İnsan Hakları El Kitabı, No 1, Strasbourg, 2001, s.4.

⁸¹⁷ 30 Eylül-03 Ekim 1970 tarihleri arasında Brüksel’de yapılan Avrupa Konseyi Kolokyumunda, Brüksel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Profesörlerinden Jacques Velü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, özel hayata, konuta ve haberleşmeye saygı ilkesi adında sunduğu raporunda 8. maddede belirtilen “muhaberat” kavramına sadece yazılı değil aynı zamanda yazılı olmayan haberleşmenin de gireceğini, telefon, telgraf, radyo ve her türlü haberleşmenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde belirtilen haberleşmeye saygı hakkının kapsamına dahil olduğunu bildirmiştir. Coşkun, Enis, Gizli Dinleme, İstanbul 1974, s.137; Aynı yönde Erem, Faruk, Teknik İlerleme ve Ceza Hukuku, AÜHFD, C.27, Ankara 1970, S. 3-4.

⁸¹⁸ Düzensizliğin önlenmesi AIHM kararlarında en çok kullanılan sınırlama sebebidir. Mahkumların haberleşmesinin denetlenmesine, telefonlarının dinlenmesine, arama ve elkoymaya ilişkin davalarda, terör nedeniyle başvurunun fotoğraflarının alınmasına ilişkin davalarda temel hak ve özgürlüğü sınırlama sebebi olarak suçun ve düzensizliğin önlenmesine yönelik sınırlama sebebine dayanılmıştır. Bkz. Üzeltürk, Özel Hayatın Gizliliği, s.75, 241.

sözleşmenin 8. maddesinin ilk fıkrası ile koruma altına alınan hak ve özgürlük belirtilmiş, ikinci fıkrada ise korunan bu değerlerin mutlak olmadığı ve bunların sınırlandırılmasındaki yöntem, amaç ve ölçü ifade edilmiştir⁸¹⁹. Düzenlemede sınırlamanın uygulanabilmesi için temel iki kriterin gerçekleşmesi aranmaktadır. Bu kriterler; “kanunla düzenleme” ve “demokratik bir toplumda duyulan zorunluluktur”⁸²⁰. Sözleşmede yer alan sınırlama nedenlerine dayalı olarak temel hak ve özgürlüklere sınırlama getirilmesinde sözleşmeye taraf devletlere bir değerlendirme serbestisi tanınmaktadır. Ancak bu değerlendirme serbestisine uygun hareket edilip edilmediği sözleşme ile getirilen koruma mekanizmasının denetimine açıktır⁸²¹.

Taraf devletler için insan hakları bakımından minimum standartları öngörmesi ve asıl olanın taraf devletlerin bu hükümleri kendi iç hukuk düzenlerinde gerçekleştirmeleri olduğu düşünüldüğünde, sınırlama nedenleri konusunda bir değerlendirme serbestisi bulunmasının mantığı daha iyi anlaşılabilir. Şayet taraf devletin değerlendirme serbestisi kapsamında aldığı önlem özgürlüğü sınırlandırılan kişi tarafından sözleşmenin ihlal edildiği şeklinde değerlendirilirse olay mahkemenin önüne gidebilir. Bu durum sözleşmenin ikincil niteliğinin bir gereğidir. Sınırlamanın gerçekleşebilmesi için demokratik bir toplumda duyulan zorunluluk kriterine uyulup uyulmadığının denetlenmesinde o devletlerin iç hukuk düzeni, toplumsal değerleri ve yaşam tarzları gözden geçirilecektir.

Sözleşme haberleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasında belli bazı ölçütler getirmiş, mahkeme de bu özgürlüğün sınırlandırılmasına ilişkin hükümlerin dar yorumlanması gerekliliğini vurgulamıştır. Devletler haberleşme özgürlüğünü koruma altına alarak, keyfi müdahalelere karşı güvencelerini ortaya koydukları kanun hükümlerine uygun şekilde iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurdıkları sürece tedbirin hukuki bir nitelik kazanacağı kabul edilmektedir⁸²². Sözleşmenin 8. maddesini Anayasanın 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı

⁸¹⁹ Gerek sözleşmenin 8. maddesinde, gerekse temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenleme getirilen diğer hükümlerinde izlenen yöntem; temel hak ve özgürlüklere devletler tarafından getirilebilecek sınırlandırmaların demokratik bir toplumda gerekli olması koşulunu gerektirdiğinden, sınırlamanın demokratik bir toplumda ne zaman gerekli olduğunun saptanması gereklidir. Bu kapsamda gereklilik kavramının kapsam ve anlamı belirlenmelidir. Batum, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, s.252.

⁸²⁰ Yıldız, Mustafa, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı, İstanbul 1998, 178 vd.; Batum, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, s. 257.

⁸²¹ Loucaides, Loukis G., Essay on the Developing Law of Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, London, 1995, s.301.

⁸²² AİHS'nin 8. maddesi kapsamında haberleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasının koşulları şu şekilde sıralanabilir; 1. Meşru amaçlar için; a. Ulusal güvenlik, b. Kamu emniyeti, c. Ülkenin ekonomik refahı, d. Dirlik ve düzenin korunması, e. Suç işlenmesinin önlenmesi, f. Sağlığın ve ahlakın korunması, g. Başkalarının hak ve

yasanın 2. maddesi ile değişik 13. maddesi ile birlikte ele aldığımızda; özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı ve haberleşme gizliliği alanlarında ilgili Anayasa hükümlerinde sınırlama sebebi olarak; milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık, genel ahlakın korunması, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak ve kanunla bu temel hak ve özgürlüklere sınırlama getirilebileceği öngörülerek AİHS'nin 8/II hükmünde belirtilen sınırlama nedenlerine benzer sınırlama nedenlerine yer verildiği görülmektedir. Gerçekten özel hayat alanını güçlendiren Anayasa değişikliklerinde yer verilen sınırlama nedenlerinin AİHS'nin 8/II hükmünde sayılan sebeplerle paralelliği dikkat çekicidir⁸²³. Değişiklikle asıl amaçlananın üyelik sürecinde Avrupa Birliğine uyum sağlanması olduğu söylenebilir⁸²⁴. 1982 Anayasasında 4709 sayılı yasa ile haberleşme özgürlüğüne ilişkin olarak getirilen sınırlama sebeplerinden kamu düzeninin korunması sınırlama sebebine AİHS'nde yer verilmemiştir. Ancak sözleşmede belirtilen kamunun emniyeti, dirlik ve düzeni, sağlık ve ahlaki kavramları büyük ölçüde kamu düzeninin alt unsurlarıdır. Diğer yandan AİHS'nde yer alıp, 1982 Anayasasının temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin hükümlerinde yer almayan sınırlama sebepleri ise; kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzeninin korunmasıdır.

IV. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA SÖZLEŞMENİN 8. MADDESİ VE İLETİŞİMİN DENETLENMESİ

AİHS'nin 8. maddesi ile güvence altına alınan özel hayatın ve aile hayatının korunması hakkı sözleşmenin 9, 10, 11. maddeleri ve ilk protokolün 2. maddesi ile güvence alınan temel hak ve özgürlüklerle birlikte sözleşme sistemi içerisinde nitelikli haklar kategorisini oluşturmaktadır. Bunun anlamı; sözleşmenin 8. maddesi ve belirttiğimiz diğer hükümleri ile güvence altına alınan temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin sınırlama sebeplerinin ilgili maddelerde açıkça belirtilmesidir. Nitelikli olmayan hakların ise; bazıları mutlak hak (yaşama hakkı, işkence yasağı, kölelik yasağı, suç ve cezanın kanuniliği) olarak nitelendirilmektedir. Nitelikli olmayan haklarda birey devletin güvence altına alınan hakkını ihlal ettiğini ispat ederse, mahkeme üye devlet açısından müdahalenin haklılığını

özgürlüklerinin korunması amaçlarıyla, 2. Kanunla, 3. Demokratik bir toplumda gerekli ve zorunlu olmak kaydıyla, 4. Orantılı olarak. Ayrıca terörün söz konusu olduğu durumlarda, mahkemenin kişisel verilerin tutulmasına ilişkin tavrının esnek olduğu hk. bkz. Üzeltürk, Özel Hayatın Gizliliği, s.193.

⁸²³ İzgi, Ömer/Gören, Zafer, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, Ankara 2002, s.253.

⁸²⁴ 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı yasanın (17.10.2001 T. ve 24556-mükerrer sayılı R.G.) gerekçesinde Anayasada değişiklik yapılmasının sebebinin, uygulamada olduğu dönemde ortaya çıkan ihtiyaçlar, kamuoyunun beklentileri, yeni siyasi açılımlar doğrultusunda Anayasanın yenilenmesi olduğu belirtilmektedir.

tartışmamaktadır. Nitelikli haklarda ise; birey sözleşme ile güvence altına alınan hakkının ihlal edildiğini ispat ederse, mahkeme artık üye devlet açısından müdahalenin haklılığını tartışmaktadır. Nitelikli haklarda birey belirtilen hakkının ihlal edildiğini ispat ettiği ve mahkeme de bunu haklı bulduğu takdirde ispat külfeti üye devlete düşmektedir. Devlet bu aşamada; müdahalenin yasallığını, müdahalenin meşru bir amaca dayandığını ve demokratik toplumda gerekliliğini ispat etmek durumundadır⁸²⁵.

AİHM sözleşmenin 8. maddesinin birinci fıkrasına ilişkin olarak yaptığı incelemede öncelikle başvurunun sözleşmenin 8/I hükmünde yer alan haklardan birinin ihlaline yönelik olarak değerlendirilebilip değerlendirilemeyeceğini araştırmaktadır. Bu soruya olumlu yanıt aldığında ise; devletin bireyin bu hakkı üzerinde pozitif bir yükümlülüğü olup olmadığını, eğer böyle bir yükümlülüğü var ise, bu yükümlülüğün yerine getirilip getirilmediğini incelemektedir. Bireyin sözleşmenin 8/I hükmünden kaynaklanan haklarına müdahale etmeme yükümlülüğü, devletin negatif yükümlülüğü olarak ortaya çıkmaktadır. Bu yükümlülük yalnız kalma veya bırakılmayı isteme hakkı olarak isimlendirilmektedir. Bu durum devletin 8. madde karşısındaki negatif yükümlülüğüdür ve madde metninde ifadesini bulan özel hayatın gizliliğine saygı kavramı bunu kapsamaktadır⁸²⁶. Devletlerin sözleşmenin 8. maddesi anlamında pozitif yükümlülüklerinin ise iki boyutu ortaya çıkmaktadır. Bu yükümlülüğün birinci boyutu 8. maddede yer alan hakları veya öncelikleri garanti etmek üzere bir şeyler yapma yükümüdür. İkinci boyutu ise; bazı şartlar altında bir özel kişinin başkalarının 8. maddeden kaynaklanan haklarının etkili bir biçimde kullanımına engel olacak aktivitelerine engel olma yükümüdür⁸²⁷. AİHM kararlarında ise devletin pozitif yükümlülüğüne üç kategoride yer verilmektedir. Bunlardan ilki hukuku veya idari uygulamayı değiştirme yükümlülüğü; ikincisi finansal yardım yükümlülüğü ve nihayet üçüncüsü sözleşme ile korunan hakkın bireyler arasındaki özel ihlaline engel olma yükümlülüğüdür⁸²⁸.

Sözleşmenin 8. maddesinde güvence altına alınmak istenen haklar belirtilmiş ancak bu haklarla ilgili açık ve ayrıntılı tanımlara yer verilmemiştir. Sözleşmede yer alan hak ve özgürlükleri kendi yargı yetkileri içinde tanımak öncelikle üye devletlerin yükümlülüğüdür. AİHM'nin yetkisi ise bu yükümlülüğün sözleşmeye uygunluğunun denetlendiği tali bir yetkidir. Koruma altına alınan hakların anlamı, kapsamı, sınırlandırılma koşulları ve bu

⁸²⁵ Clayton, Richard,/Tomlinson, Hugh, The Law Of Human Rights, Oxford, New York, 2000, s.305, 306.

⁸²⁶ Üzeltürk, Özel Hayatın Gizliliği, s.161.

⁸²⁷ Kilkelly, Özel Hayat, s.21.

⁸²⁸ Clayton,/Tomlinson, s.309.

koşullara verilen anlam ise AİHM içtihatları ile belirlenmektedir. Bu belirlemeyi yapabilmek için de AİHM içtihatlarının incelenmesi gerekir. Bu kararlar içinde öncelikle AİHM'nin 06.09.1978 tarihli Almanya'ya karşı Klass ve diğerleri kararına yer verilebilir⁸²⁹.

AİHM Almanya'ya karşı Klass davasında özetle; genel gözetime olanak tanınmaması ve tedbirin uygulamasında yargısal olmasa da etkili bir denetim yapılması gerektiği ayrıca sonradan bildirimin yükümlülüğünün soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmedikçe zorunlu olduğu üzerinde durulmuştur. Karara konu başvuruda, başvuru Almanyası Anayasasının (Grundgesetz) 10/2 hükmünün ve bu hüküm gereğince çıkarılan G-10 yasasının sözleşmeye aykırı olduğunu, yasanın yetkilileri her denetim sonrasında ilgili kişilere bilgi vermekle yükümlü tutmadığını, tedbire başvurma yetkisi verilmesine rağmen yasanın her denetim sonrasında yetkilileri ilgili kişilere bilgi vermekle yükümlü tutmamasının mahkeme önünde hak arama özgürlüğü tanınmaması sonucunu doğurduğu gerekçesi ile itirazda bulunmuşlardır. Başvurucuların yasayla iletişimin denetlenmesi yetkisi verilmesine yönelik bir itirazları ise yoktur. G 10 yasasıyla; devletin barış ve güvenliğine, demokratik düzenine, dış güvenliğine ve müttefik silahlı kuvvetlerin güvenliğine karşı suçlardan belirli bir suçu işlemeyi planladığından, işleyeceğinden veya işlediğinden kuşulanmak için maddi olguların bulunması halinde, kesin maddi olgulara dayalı olarak şüpheli kişilerin iletişiminin dinlenmesine imkan tanınmıştır. Başbakan tedbiri uygulama görevini yetki alanına girdiği ölçüde daha çok İçişleri ve Savunma Bakanına vermiştir. Yasaya göre tedbir en fazla üç ay için verilebilmekte, yeni başvuru halinde de süre uzatılabilmektedir. Ayrıca G 10 yasasına göre ilgili kişiler dinlemeden haberdar edilmemektedirler. Ancak Federal Anayasa Mahkemesi konuya ilişkin olarak 15 Aralık 1970 tarihli kararında, "sınırlamanın amacı tehlikeye girmeyecek ise" en kısa sürede ilgili kişiyi haberdar etmek gerektiğine karar vermiştir.

Mahkeme kararında öncelikle müdahalenin demokratik bir toplumda zorunlu olup olmadığı değerlendirilmiştir. Mahkeme değerlendirmesinde casusluk ve terörizm nedeniyle mektup, posta ve telekomünikasyon üzerinde gizli denetim yetkisi veren yasanın ulusal güvenlik nedeniyle ve ayrıca suç ve düzensizliği önlemek için demokratik bir toplumda zorunlu olduğunu kabul etmiştir. Mahkeme tedbirin Başbakan veya Başbakanının yetkilendirdiği Federal Bakan emriyle icrasına ilişkin olarak ise; tedbirin denetiminin yargı

⁸²⁹ Kararın çevirisi için bkz. Doğru, İnsan Hakları, C.I, s.246-275; Gözübüyük, A. Şeref, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Kararlarından Seçme Özetler, AÜSBFD 1995, C.III, S.1, s.35 vd.

organı tarafından yapılmamasına (bunun daha arzu edilir olduğu ifade edilmekle birlikte) rağmen Parlamento Heyeti ve G 10 Komisyonunun denetiminin tedbiri uygulayan yetkililerden bağımsız, etkili ve sürekli bir kontrolü yerine getirmek için yeterli gücü ve yetkileri elinde bulundurdıklarından, ayrıca parlamento heyetinde üyelerin dağılımının demokratik niteliğı de yansıttığından, bu iki denetim organının şartlara göre objektif bir karara varabilmek için yeterli bağımsızlığa sahip olduğunu ifade etmiştir.

Mahkeme içtihatında tartışılan ve başvuruya konu olan diğer husus ise; tedbirin sona ermesinden sonra bireyin katılabileceğı yargısal bir denetime yer verilmesinin gerekliliğidir. Bu sorun ilgili kişiye bilgi verilmesi ile de yakından ilgilidir. Mahkeme bu noktada öncelikle her olayda sonradan bildirim yükümlülüğü öngörülmesinin uygulamada mümkün olup olmadığını incelemiştir. Mahkemeye göre; sona ermiş tedbirler hakkında her durumda bireylere sonradan bildirimde bulunmak, tedbiri harekete geçiren başlangıçtaki uzun vadeli amacı tehlikeye düşürecektir. Ayrıca bildirim istihbarat servislerinin çalışma yöntemlerinin ve faaliyet alanlarının açığa çıkmasına ve hatta ajanlarının kimliklerinin muhtemelen belirlenmesine neden olacaktır. Bu nedenle müdahale sözleşmenin 8/II hükmü doğrultusunda haklı olduğunda, bireyin tedbir sona erdikten sonra haberdar edilmemesi bu hükme kendiliğinden aykırılık oluşturmaz. Mahkeme ayrıca “Federal Anayasa Mahkemesinin 15 Aralık 1970 tarihli kararından sonra sınırlamanın amacını tehlikeye sokmadıkça kısa süre içinde bildirim yapma zorunluluğı bulunmaktadır” ifadesini kullanarak sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edilmediğı sonucuna varmıştır.

Kararda genel bir denetlemeye olanak tanınmayan denetim sisteminin işleyeceği koşullar da belirlenmiştir. Devletlerin takdir yetkisine haiz olduğu denetim sisteminin sınırsız olmadığı, kötüye kullanmaya karşı etkili ve yeterli güvencelerin bulunduğuna dair mahkemenin ikna edilmesi gerektiğı ifade edilmiştir. Mahkeme değerlendirmenin tedbirin niteliğine, kapsamına, süresine ve tedbire başvurulmasını emretmek için gereken nedenlere, bu tedbirler için emri veren, uygulayan ve denetleyen yetkili makamlara ve ulusal hukukta tanınan iç hukuk yollarının türü gibi olayın bütün koşullarına dayalı olarak yapılacağını belirtmektedir. Mahkemeye göre; tedbirler süre ile sınırlıdır. Koşulları sona erdiğinde ve kendilerine artık gerek kalmadığında bu önlemler derhal kesilir, toplanan bilgiler ve belgeler de başka amaçla kullanılamaz ve ortadan kaldırılır.

Mahkeme Halford kararında ise; kadın polis şefinin ev ve işyeri telefonlarının dinlenmesine ilişkin olarak, işyerinin ve işyerinden gerçekleştirilen iletişimin sözleşmenin 8/I hükmünde güvence altına alınan özel hayat ve haberleşme hürriyeti kapsamında olduğuna karar vermiştir. Mahkeme kadın polis şefi Halford'un polis merkezindeki dahili telefonlarının dinlenebileceği konusunda uyarılmadığını, bu telefon konuşmalarının özel olmasını beklemekte haklı olduğunu, zira merkezde kendisine ait bir odası ve bu odada biri sadece kendi kullanımına hizmet eden iki telefonun bulunduğunu ve kendisine cinsiyet ayrımcılığı davası ile ilgili olarak ofis telefonu kullanabileceği garantisinin verildiğini belirterek, sözleşmenin 8/I maddesinin uygulanabileceğine karar vermiştir. Mahkeme kararında özetle bir kadın polis şefinin ev ve işyeri telefonlarının dinlenmesine ilişkin davada işyerini konut sınırları içinde görmüş ve öngörülebilirlik şartı yerine getirilmediği için sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir⁸³⁰.

Mahkeme Malone kararında⁸³¹ yasallık ilkesine ilişkin güvenceleri tekrarlayarak iç hukukta kamusal iletişim ağının dışındaki haberleşme sisteminde (dahili telefon görüşmeleri) telefon dinlenmesine ilişkin yasal bir düzenleme bulunmadığından, yasallık ilkesinin yerine getirilmediğini sabit görerek, sözleşmenin 8/II hükmünün ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme kamu makamlarının keyfi müdahalelerde bulunmalarına karşı, iç hukukta yasal bir koruma tedbiri bulunması gerektiğini ve yetkinin gizli kullanıldığı hallerde keyfilik riskinin arttığını ifade etmektedir. Ayrıca bu kararda ilk kez; kuralların açık ve belli olmaması, sözleşmenin başlangıç kısmında vurgulanan hukukun üstünlüğü ilkesinin zedelenmesi sonucuna bağlanmıştır.

İngiltere'ye karşı Lewis davasında ise; uyuşturucu madde kaçakçısı olduğu düşünülen başvuru ve eşinin evi 28 gün kayıt cihazı ile dinlenmiş ve bu kayıtlara dayalı olarak da başvuru hakkında mahkumiyet kararı verilmiştir. İletişimin dinlenmesi tedbirine ilişkin olarak tedbire başvurulduğu tarihte iç hukukta bir düzenleme bulunmamaktadır. Olaydan yaklaşık bir yıl sonra iç hukukta yasal düzenleme yapılmıştır. Ancak mahkeme tedbire

⁸³⁰ Case Of Halford v. United Kingdom, 206055/92, 25.06.1997. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Case%20%7C%20Of%20%7C%20Halford&sessionId=23689775&skin=hudoc-en> (E.T.13.01.2009).

⁸³¹ Malone v. United Kingdom., 44787/98, 25.09.2001; Davaya konu olayda Malone kendisi hakkında bilerek çalıntı mal bulundurma isnadı ile açılan davada İçişleri Bakanlığı tarafından verilen bir yazılı yetki belgesine dayanılarak telefonlarının dinlendiğini fark etmiştir. Mektuplarının gecikmiş olması nedeniyle de mektuplarının gizliliğinin ihlal edildiğini düşünmektedir. Ayrıca telefonunda da olağandışı sesler duymaktadır. Malone bununla birlikte telefon ettiği kişilerin evlerinin polis tarafından arandığı noktasından hareketle kendi aradığı kişilerin sayaçlama yöntemi ile kaydedildiği kanaatindedir. Kararın çevirisi için bkz. Doğru, İnsan Hakları, C.I, s.862 vd.

başvurulduğu tarihte yasal bir düzenleme bulunmadığından sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir⁸³².

İletişimin denetlenmesi tedbirine ve özellikle yasallık ilkesine ilişkin olarak minimum standartlar Fransa aleyhine açılan Kruslin⁸³³ ve Huvig⁸³⁴ davalarında yapılan yargılama sonucu belirlenmiştir. Kararlarda yasallık ilkesine ilişkin olarak, öncelikle tedbirin iç hukukta bir temeli bulunması gerektiği ve ikinci olarak da yasanın kalitesi vurgulanmıştır. Yasanın kalitesine ilişkin olarak yapılan değerlendirmede; ilgili kişinin ulaşabileceği, bunun ötesinde sonuçlarını öngörebileceği ve hukukun üstünlüğüne uygun bir yasanın varlığına işaret edilmiştir. Bu kararlarda mahkeme telefon dinlemeye ilişkin olarak başvuru bir yasa hükmü bulunduğunu, dolayısıyla müdahalenin iç hukukta bir temeli bulunduğunu ve yasal düzenlemenin ulaşılabilirliğini kabul etmiştir. Ancak bu davalarda sorun yasanın öngörülebilirliği noktasında toplanmaktadır. Mahkeme kararlarında idarenin gizli olarak bu yetkiyi kullandığında keyfilik riskinin ortaya çıkacağını açıkça ortaya koymuştur. Öngörülebilirliğin bireylerin telefonlarının dinlendiğini öngörebilmeleri ve kendilerini buna göre ayarlamaları anlamına gelmeyip, özel hayata ve hayatın gizli alanına müdahale edilirken kamu otoritelerinin bireylere uygun uyarılar sunacak açıklıkta olması anlamına geldiği ifade edilmiştir. Mahkemeye göre telefon dinleme özel hayata ve haberleşme hürriyetine önemli bir müdahale oluşturmaktadır. Bu nedenle telefon dinleme kararının bağımsız bir yargılama makamı olarak soruşturma hakimi tarafından verilmesi, takibin kıdemli polis memuru tarafından yapılması, şüpheli veya sanık ile müdafî arasındaki ilişkiye saygı duyulması gereklidir. Diğer yandan mahkeme başkaca güvencelerin de bulunması gerekliliğine işaret etmiştir. Bu güvencelerin ise; hangi kategori insanların yargı kararları ile telefon dinleme tedbirinden etkilenebileceğinin, böyle bir tedbire başvurulabilecek suçların doğasının, telefon dinlemenin süresinin, dinlenen konuşmaların yer aldığı özetin yazılma prosedürünün belirlenmesi, kayıtların savunma ve hakim tetkiki için bozulmamış ve bütün olması konusunda tedbir alınması, dinleme sonunda kayıtların silinmesi ve yok edilmesi olduğu

⁸³² Case of Lewis v. United Kingdom, 1303/02, 25.11.2003, pg.17-19. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.Asp?item=3&portal=hbkm&action=html&highlight=Case%20%7C%20of%20%7C%20Lewis&sessionid=23690238&skin=hudoc-en> (E.T.13.01.2009).

⁸³³ Başvuruya konu davada cinayet soruşturması sırasında dinlenmesine karar verilen başka birine ait telefondan başvuru yapanın yaptığı konuşmaların dinlenmesi ve başka bir cinayet ile ilgili delil elde edilerek bunların yargılamada delil olarak kullanılması söz konusudur. Kruslin v. France, 11801/85, 24.04.1990, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Kruslin&sessionid=23690238&skin=hudoc-en> (E.T.13.01.2009).

⁸³⁴ Başvuruya konu davada vergi kaçakçılığı suçundan dolayı yapılan soruşturma sırasında telefonların dinlenmesi ve sanığın bu yolla elde edilen delillere dayalı olarak mahkum edilmesi söz konusudur.

belirtilmiştir. Mahkeme yargılama sonunda yasanın bu güvenceleri taşımadığı gerekçesi ile yasallık ilkesinin yerine getirilmediğine ve sözleşmenin 8/II hükmünün ihlal edildiğine karar vermiştir⁸³⁵.

Mahkeme sonraki tarihli İngiltere'ye karşı Khan davasında; uyuşturucu suçlarına ilişkin olarak yapılan soruşturmalarda telefonların gizlice dinlenmesinin, yasal olarak bağlayıcı olmayan ve İçişleri Bakanlığının halkın doğrudan ulaşamadığı rehber kurallarına dayalı olarak gerçekleştirildiği gerekçesi ile tedbirin düzenlendiği yasal düzenleme bulunmaması ve yasaya dayalı olarak müdahale yapılmaması sebebi ile sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir⁸³⁶.

İsviçre'ye karşı Ludi davasında⁸³⁷ uyuşturucu suçuna ilişkin olarak başvurunun gizli ajan tarafından izlenmesinin, davranışlarının etkilemeye çalışılmasının ve telefonlarının dinlenmesinin sözleşmeyi ihlal etmediği sonucuna varılmıştır. Kararda telefon dinleme tedbirine başvurulmakla özel yaşam ve haberleşmeye saygı hakkına müdahale edildiğinde kuşku bulunmadığı ifade edilmektedir. Müdahalenin Bern Ceza Usul Kanununun 171b-171c maddelerinde düzenlendiği, ayrıca suçun önlenmesi meşru sebebine dayanıldığından tedbirin demokratik toplumda gerekli olduğu belirtilmiştir. Mahkeme gizli ajan kullanımının ise sözleşmenin 8. maddesi kapsamında özel yaşama müdahale olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

İsviçre'ye karşı Kopp davasına konu olayda kamu otoritesince başvurunun avukatlık firmasının telefonları dinlenmiştir⁸³⁸. Mahkeme öncelikle işyeri telefonlarının dinlenmesini, Halford kararında olduğu gibi, özel hayata ve haberleşme hürriyetine müdahale olarak nitelemiştir. Başvurucu müdahalenin iç hukukta bir temeli bulunmadığını, hükümet ise Federal Ceza Usul Kanunun 66. ve 77. bölümlerinde sadece avukatlara ilişkin düzenleme

⁸³⁵ Case Of Kruslin v. France, 11801/85, 24.4.1990; Case Of Huving v. France, 11105/84, 24.4.1990, pg.27. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=11105/84&sessionid=23690332&skin=hudoc-en> (E.T.13.01.2009).

⁸³⁶ Case Of Khan v. United Kingdom, 35394/97, 12.05.2000, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Khan&sessionid=23690378&skin=hudoc-en> (E.T.13.01.2009). Ayrıca bkz. Kilkelly, Özel Hayat, s.26.

⁸³⁷ Case Of Lüdi v. Switzerland, 12433/86, 15.06.1992. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=L%FCdi%20%7C%20v.%20%7C%20Switzerland&sessionid=23690602&skin=hudoc-en> (E.T.13.01.2009).

⁸³⁸ Davaya konu olayda Zürihteki Avukatlık Bürosu Dr. Kopp&Partner, İsviçre Federal Savcılığının talebi ve Federal Mahkemenin İddia Bölümü'nün kararı üzerine 21.11.1989'dan 11.12.1989 tarihine kadar dinlenmiştir. Bu olayda Dr. Kopp, şüpheli olmayıp, üçüncü kişi niteliğindedir. Dinlemeye ilişkin tutanaklar, postanenin yönetici konumundaki bir görevlisi tarafından denetlenip, ceza hukuku bakımından önemsiz görüldükten sonra yok edilmiştir. Karar tahlili için bkz. Künhe, Avukatların Telefonlarının Dinlenmesi, s. 99-108.

bulunduğunu ifade etmiştir. Mahkeme bu noktada prensip olarak iç hukuku uygulamanın milli mahkemelerin alanına ilişkin olduğunu ve mahkemenin buna karşı görüş ifade etmeyeceğini ancak; akademisyenlerin görüşlerinin de göz önüne alınacağını belirtmiştir. Krusling ve Huving kararlarında da belirtildiği gibi, mahkeme bu kararında yasa kavramını resmi anlamda değil, bağımsız anlamda anlayarak müdahalenin iç hukukta bir temeli olduğu sonucuna varmıştır. Bundan sonraki aşamada ise mahkeme yasanın kalitesini değerlendirmiştir. Olayda ulaşılabilirlik kriteri açısından bir sorun görülmemiş, ancak öngörülebilirlik şartının yerine getirilmediği sonucuna varılmıştır. Mahkeme sözleşmenin 8/II hükmü kapsamında müdahalede bulunan yasanın hukukun üstünlüğü ilkesine uygun olması gerektiğine işaret etmiştir. İsviçre Ceza Usul Yasasının ilgili hükümlerinde; eğer şüpheli veya sanık değil ise avukatın telefonunun dinlenmesinin yasak olduğu, buradaki amacın avukat ile müvekkili arasındaki mesleki güvenin korunması olduğu ifade edilmiştir. Mahkeme Kopp'un bir avukat olmasının ve firmasının tüm telefonlarının dinlenerek iletişime müdahale edilmesinin özel hayata ciddi müdahale oluşturduğunu belirterek, bu alana yapılacak müdahalenin kesin biçimde ve detaylı olarak, teknolojik gelişmeler de göz önünde bulundurulmak suretiyle düzenlenmesi gerekliliğine işaret etmiştir. Ancak bir düzenleme bulunmasına rağmen nasıl, hangi şartlar altında ve kim tarafından bir avukatın iletişimine müdahalenin yapılacağı konusunda yasanın yeterli açıklığa sahip olmadığını belirtmiştir. Bu durumun avukat ile müvekkili arasındaki güven ilişkisini de etkilediğini belirten mahkeme, Kopp'un bir avukat olarak demokratik bir devlette hukukun üstünlüğü çerçevesinde minimum korumadan yararlanmadığı sonucuna ulaşmıştır⁸³⁹.

Kararın önemi avukat bürosunda yapılan iletişimin dinlenmesinin söz konusu olduğu hallerde yasal düzenlemenin keyfiyeti ortadan kaldıracak açıklıkta olmasının gerekliliğine işaret edilmesindedir. Mahkeme kararında açık bir şekilde, avukatın iletişiminin prensip olarak dinlenemeyeceğini, bunun ancak istisnai olarak mesleki ve diğer faaliyetler arasında ayırım yapılmasıyla mümkün olduğunu ve mesleki faaliyetleri dışında kalan diğer faaliyetlerine yönelik olarak yapılabileceğine karar vermiştir. Bu konuda İsviçre hukukunda bir ayırım yapılmaması, avukatın şüpheli olmayan üçüncü kişi olarak dinlenmesi konusunda açık ve kapsamlı hükümler bulunmaması nedeniyle mahkemeye sözleşmenin 8. maddesinin

⁸³⁹ Case Of Kopp v. Switzerland, 23224/94, 25.3.1998, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Kopp&sessionid=23690658&skin=hudoc-en> (E.T.13.01.2009).

ihlal edildiğine kararı vermiştir. Ayrıca kararda yapılan uygulama sonucu hukukun üstünlüğü ve savunma hakkının da etkilendiği ifade edilmiştir.

İsviçre'ye karşı Amann davasında ise; Rus büyükelçiliğinden arananların görüşmelerinin dinlenmesi ve fişlenmeleri dava konusu edilmiştir. Mahkeme davada öngörülebilirlik şartının gerçekleşip gerçekleşmediğini irdelemek amacıyla iç hukuktaki yasal düzenlemenin niteliğini değerlendirmiştir. Kararda telefon görüşmelerinde kişilerin rastlantı sonucu tespit edilen konuşmalarının, yasaya dayalı olarak yetkililerce kaydedilmesinin detaylı bir şekilde düzenlenmediği ve özellikle de üçüncü kişiler açısından iç hukukun bir düzenleme içermediği üzerinde durulmuştur. Mahkeme yasanın otoritenin etki alanını ve müdahalenin şartlarını yeterli açıklıkta göstermediğinden hareketle yasallık ilkesinin yerine getirilmediği ve bu nedenle sözleşmenin 8/II maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Kararda iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin olarak üçüncü kişiler açısından güvence getirilmediği, tedbire maruz kalan üçüncü kişiler bakımından açık bir yasal dayanak bulunması gerektiği gerekçesine dayalı olarak sözleşmeye aykırılık sonucuna varıldığından, karar üçüncü kişiler açısından getirilen güvence bakımından anlamlıdır.

İtalya'ya karşı Craxi davasında⁸⁴⁰ bir politikacının telefon görüşmesine ilişkin kayıtların basına verilmesinin sözleşmeye aykırılık teşkil edip etmediği tartışılmaktadır. İtalyan Sosyalist Parti Sekreterliği ve Başbakanlık yapmış olan başvuru 1994 yılında bir ay süre ile Tunus'ta yaşamıştır. Ardından hakkında rüşvet almak, siyasi partinin finansmanına karşı suçlar, yozlaşma ve kamu ofisini yanlış kullanma suçlamaları ile soruşturma açılmıştır. Yargılama aşamasında Craxi'nin Tunus'taki evinden İtalya ile yaptığı telefon görüşmeleri savcının talebi ve mahkemenin kararı ile dinlenmiş ve mahkemeye delil olarak sunulmuştur. Ardından telefon konuşmaları basında yer almış, ayrıca soruşturma savcısı da telefon konuşmalarının suça ilişkin kısımlarını açıklamak üzere basına röportaj vermiştir. Mahkemede basına tüm bu konuşma kayıtlarının nasıl ulaştığı sorgulandığında başvuruçunun avukatına bilgilerin iletildiği ifade edilmiştir. Başvuruçunun avukatı ise bunun müvekkilinin haklarını korumak için gizli kaydı ile alındığını, belgelerin sadece savunmaya değil tüm taraflara açık olduğunu ifade etmiştir. Yapılan yargılama sonucu başvuru mahkum edilmiştir. AİHM'ne yapılan başvuruda telefon görüşmelerinin basına iletilmesinin

⁸⁴⁰ Case of Craxi (no.2) v. Italy, 25337/94, 17.10.2003, pg. 49-84, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.Asp?İtem=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Case%20%7C%20of%20%7C%20Craxi&sessionid=23690718&skin=hudoc-en> (E.T. 13.01.2009).

sözleşmenin 8. maddesinde yer alan hakkın ihlali olduğu iddia edilmiştir. Mahkeme öncelikle telefonların dinlenmesi sonucu elde edilen iletişim içeriklerinin basın tarafından açıklanmasının özel hayata ve haberleşmeye saygı hakkına müdahale olduğunu belirterek, değerlendirmesini telefon görüşmelerinin basında yer alması ve duruşmada okunması şeklinde ayırarak ele almıştır. Mahkemeye göre görüşmelerin basında yer alması doğrudan doğruya savcının sebep olduğu bir durum değildir. Kayıt sisteminin kötü işlemesi nedeniyle yada taraflardan veya onların avukatlarından birinin davranışı sonucu basın bu bilgilere ulaşmış olabilir. Mahkeme bu aşamada sözleşmenin 8. maddesi ile korunan hakkın güvence altına alınması için devletin sadece negatif değil, pozitif bir yükümlülüğünün de bulunduğu işaret etmiştir. Devletin pozitif yükümlülüğü bakımından ise; özel hayatın gizliliğine ilişkin bilgilerin açıklanmasına engel olmak için uygun koruma sisteminin oluşturulması ve bunun yanında basında açıklamalar yayımlandıktan sonra pozitif yükümlülüğün gereği olarak bu konuyu düzeltmek için etkili bir soruşturma yapılmasının gerekli olduğu ifade edilmiştir. Bu konuda etkili soruşturma yapmayıp, bilginin basına ne şekilde ulaştığını açıklayamayan devletin yükümlülüklerini yerine getirmediği ve sözleşmeyi ihlal ettiği sonucuna ulaşılmıştır. Kararda ayrıca telefon görüşme kayıtlarının duruşmada okunduğu aşamada; mahkemenin kaydın dava ile ilgili olmayan, kullanışsız ve başvuruçunun özel hayatına saygı hakkını ihlal eden kısımlarının çıkarmasının mümkün olduğu ifade edilmiştir. Sonuçta mahkeme bu gerekçelere dayalı olarak sözleşmenin 8/II maddesine göre özel hayat ve haberleşmeye saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

İspanya'ya karşı, Valenzuela Contreras davasında⁸⁴¹ aynı şirket bünyesinde çalışan bir bayan ile nişanlısının personel müdür yardımcısı tarafından tehdit edilmesi olayında telefon dinleme, mektup zarfındaki tükürük ve parmak izinden elde edilen delillerle sanığın mahkum edilmesi söz konusudur. İspanya Anayasasının haberleşme özgürlüğünü düzenleyen 18/III maddesine dayalı olarak verilen iletişimin denetlenmesi kararına ilişkin olarak yargılamada karşı fikir de bulunmadığından müdahalenin iç hukukta bir temeli olduğu değerlendirilmiştir. Mahkemece yasallık denetimi yapılırken yasanın ulaşılabilirliği bakımından bir eksiklik görülmemiştir. Yasanın öngörülebilirliği bakımından yapılan incelemede ise yasallık ilkesinin yerine getirilmediği sonucuna ulaşılmıştır. Hükümet; kararın soruşturma yargıcı tarafından verildiğini, Anayasanın ilgili maddesinde ve ceza usul kanununda yer alan mektuplar, yazılı

⁸⁴¹ Case Of Valenzuela Contreras v. Spain, 27671/95, 30.07.1998, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.Asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=27671&sessionid=23690718&skin=hudoc-en> (E.T.13.01.2009).

belgeler ve telgrafa ilişkin arama hükümlerine dayanıldığını, telefonu dinlenecek kişinin kimliğine, hangi amaçla dinleneceğine kararda yer verildiğini, tedbirin bir ay süre ile sınırlı olduğu ve kararın uygulamasının da izlendiğini belirterek, bu güvencelerin Huving ve Kruslin kararlarından beş yıl önce alındığını, nihayet tüm bu güvencelerin bir bütün halinde düşünülmesi gerektiğini savunmuştur. Mahkeme ise; kararında Anayasa Mahkemesinin dayanak yasanın telefon dinlemeye de uygulanabileceğine ilişkin yorumunun olaydan sonra olduğunu belirterek Anayasa ve Ceza Usul Kanununda yer alan hükümlerin yasa ile düzenlenme şartını yerine getirmediğine karar vermiştir⁸⁴². Karara göre yasa; terimsel olarak bireylere içinde bulundukları durumda hareketlerini ayarlayabilecekleri ve kamu otoritelerinin de özel hayata ve haberleşmeye saygı gibi tehlikeli ve gizli alana müdahale ederken yetkilerinin açıkça belirtildiği şekilde olmalıdır. Mahkeme İspanyol hukukunun bunu ve demokratik toplumda hukukun üstünlüğünün gerektirdiği korumayı bireylere sağlamadığı gerekçesiyle sözleşmenin 8/II maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Çek Cumhuriyetine karşı 18.04.2006 tarihli Chadimova kararına konu olayda kaydedilen telefon görüşmeleri içeriklerinin imhası davaya konu edilmiştir. AIHM’ne göre; mahkemeye sunulmayan kayıtların imhası gereklidir. Bu hususla ilgili olarak hükümet yargılama aşamasında verilerin imha edildiğini iddia etmiştir. Bu bakımdan, başvurucunun imha edilmeyen kayıtların zarara neden olduklarını ispat etmesi gerektiği ifade edilmiştir. İspanya’ya karşı 18.02.2003 tarihli Prado Bugallo kararında ise; mahkeme daha önce verilmiş Valenzuela Contreras kararından farklı olarak, 1988’de kanunda değişiklik yapıldığını, yapılan değişikliğin yeterli garantiler içermediğini belirterek ihlal kararı vermiştir. Kararda özellikle hangi suçların dinlemeyi gerektireceği, dinleme süresi, bununla ilgili raporların düzenlenmesi ile ilgili açık hüküm olmamasının eksiklik olduğu üzerinde durularak. sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir⁸⁴³.

Mahkeme Türkiye’ye karşı Ağaoğlu kararında ise; 1412 sayılı CMUK’nun 91 ve 92. maddelerine dayalı olarak gerçekleştirilen iletişimin dinlenmesi tedbirine ilişkin olarak, bu hükümlerden iletişimin denetlenmesi yetkisinin anlaşılmaması, tedbirin dayanağı olarak gösterilen hükümlerin açık olmaması nedeniyle, normun açıklığı ve bu bağlamda

⁸⁴² Türk hukukunda 4422 sayılı yasa öncesinde iletişimin denetlenmesi tedbiri hakkında açık bir düzenleme bulunmadığından, 1412 sayılı CMUK’nun 91/2 hükmünde yer alan “vesair mersule” kavramı genişletici yoruma tabi tutularak adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine yasal dayanak oluşturulması amaçlanmaktaydı. Bkz. Gökçen, Elkoyma, s.188 vd. Ancak düzenleme AIHM’nin aradığı öngörülebilirlik kriterini karşılamaktan uzaktı.

⁸⁴³ Yenisey/Altunç, s.1305.

öngörülebilirlik şartının yerine getirilmediği gerekçesiyle sözleşmenin ihlal edildiğine karar vermiştir⁸⁴⁴.

AİHM kararlarında görüldüğü üzere iletişimin denetlenmesi tedbirine ciddiyeyle yaklaşıldığı, sözleşmenin ihlalinin büyük ölçüde bu alandaki düzenlemelerin ya hiç olmamasından yada yeterli açıklığa sahip olmamasından kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Kararlarda telefonların dinlenmesinin sadece haberleşmeye saygı hakkını değil, özel hayatın gizliliğini de ihlal ettiği vurgulanmaktadır. Ayrıca tedbire başvurulduğu aşamada tedbirin kanuni dayanağı bulunması ve tedbirin dayanağı olan yasanın ulaşılabilir ve öngörülebilir olması kriterlerinin titizlikle incelendiği görülmektedir. Diğer yandan mahkeme bu doğrultuda yasanın kalitesi ile hukukun üstünlüğü arasında da bağ kurmaktadır.

V. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİ BAKIMINDAN ARANAN KRİTERLER VE BU BAĞLAMDA TÜRK HUKUKUNDAKİ DÜZENLEMELERİN ANALİZİ

A. Genel Olarak

AİHM'nin yukarıda özetlediğimiz içtihatlarını birlikte değerlendirip ortaya çıkan ilkeler üzerinde duracak olursak; mahkemenin öncelikle sözleşmenin 8. maddesine aykırılığa dayalı şikayetlere ilişkin olarak üçlü bir değerlendirme yaptığı görülmektedir. Mahkeme birinci aşamada müdahalenin meşru kabul edilebilmesi için yasayla öngörülmüş olmasını, ikinci aşamada tedbirin sözleşme ile öngörülen meşru amaçlarla ilgili olarak uygulanması gerekliliğini ve son olarak da demokratik bir toplum için gereklik kriterini değerlendirmektedir⁸⁴⁵. Mahkeme sözleşmenin 8. maddesi kapsamında müdahalenin yasallığı, meşru amacı olup olmadığı ve demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı yönündeki incelemesi dışında tüm başvurular için aradığı genel kriterleri de yapılan başvurularda değerlendirmektedir. Bunlar; başvuruya konu müdahale edilen hakkın sözleşmeyle korunan bir hak olup olmadığı, sözleşmeyle korunan hakka bir müdahale olup olmadığı, müdahale var ise müdahalenin orantılı olup olmadığı ve keyfiliği önleyici mekanizmaların bulunup bulunmadığıdır.

⁸⁴⁴ Dinç, İnsan Hakları, s.430; Yenisey/Altunç, s.1305.

⁸⁴⁵ Kil Kelly, Özel Hayat, s.7.

Mahkemenin başvuruları incelerken ele aldığı bu kriterleri ve ortaya koyduğu sistemi Türk Hukukunda iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin olarak getirilen düzenlemeler ile ilişkilendirerek ele alacağız.

1. Kişisel Başvuruya Konu Olayda Sözleşmeyle Korunan Bir Hakkın ve Bu Hakka Müdahalenin Bulunup Bulunmadığı

AİHS'nin 34. maddesinde kişisel başvuru hakkının, sözleşme ve protokollerde tanınan hakların taraf devletlerden birisince ihlaline karşı işletileceği belirtilmektedir. AİHM kişisel başvuruyu konu bakımından incelemeye tabi tutarken de öncelikle başvuru konusunun sözleşme ve ek protokollerinde öngörülen hak ve özgürlüklerin ihlaline ilişkin olmasını aramaktadır. Protokoller ve protokollerde düzenlenen hak ve özgürlükler ise sözleşmenin ek maddelerinde yer alan düzenlemeler gibi düşünülmekte, sözleşmenin herhangi bir hükmü ile aynı geçerliliğe sahip olduğu ifade edilmektedir. Bu nedenle öncelikle sözleşme ve protokollerde hangi haklara yer verildiğinin ve güvence kapsamına alındığının ortaya konulması gerekmektedir⁸⁴⁶.

Sözleşme sisteminde koruma altına alınan haklar esasen AİHS'nin ana metninde düzenlenmiştir. Ancak zaman içerisinde sözleşmeye eklenen protokollerle de korunan haklar genişletilmeye çalışılmıştır. Ayrıca sözleşme ve protokollerde açıkça yer verilmeyen, ancak Strasbourg organlarının özgürlük lehine yorum, amaca dayalı yorum, genişletici yorum, geliştirici ve ilerici yorum, özgürlük eksenli yorum gibi yorum ilkeleri kullanarak sözleşmeyi zorlayacak biçimde, yeni haklar türetmek biçiminde olmasa da sözleşmeyle güvence altına alınan haklarla ilişkilendirerek bazı hakları sözleşme ile getirilen güvenceye dahil ettiği görülmektedir. Sözleşmeyi yaşayan bir belge haline getiren bu dinamizm ise sözleşme ile getirilen hak ve özgürlükler rejimini içtihatlarla birlikte değerlendirmeyi gerektirmektedir⁸⁴⁷. Bu nedenle AİHS ile korunan ve ek protokollerle genişletilen haklara, AİHM hakimlerinin kullandıkları yorum yöntemleri ile üretilen proteryen hukuku da eklemek gerekir⁸⁴⁸. Örneğin çevre hakkı, bilişim ve sanat özgürlüğü, iletişim özgürlüğü, susma hakkı, yargılamada

⁸⁴⁶ Anayurt, Kişisel Başvuru Yolu, s.89.

⁸⁴⁷ Çavuşoğlu, Naz, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesini Yaşayan Belge Yapan Yorum Teknikleri, İnsan Hakları Yıllığı, C.14, Ankara 1992, s.132.

⁸⁴⁸ Çağlar, Bakır, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda Türkiye, Türkiye Bilimler Akademisi Forumu 6, Ankara 2002, s.16.

silahların eşitliği, kararların gerekçeli olması ilkesi gibi bir takım haklar ve güvenceler mahkemenin içtihatları ile korunan haklar kategorisinde yer almaktadır.

AİHS'nin özel hayatın ve aile hayatının korunması başlıklı 8. maddesinde güvence altına alınan haklar belirtilmiş, ancak bu haklarla ilgili açık ve ayrıntılı tanımlara yer verilmemiştir. Sözleşmenin 8. maddesi incelendiğinde özel hayat, aile hayatı, konut ve haberleşme dokunulmazlığının güvence altına alındığı görülmektedir. Mahkeme haberleşme hakkını özel hayata saygı hakkından ayrı ve bağımsız bir hak olarak koruma altına almaktadır. Haberleşme içeriği özel hayatla ilgili hiçbir detay içermese bile, haberleşme hakkına yapılan müdahale mahkeme tarafından sözleşme ile güvence altına alınan hakka müdahale olarak değerlendirilmektedir⁸⁴⁹.

İletişimin denetlenmesi tedbiri sözleşmenin 8. maddesi ile güvence altına alınan haberleşmenin gizliliği hakkını sınırlamaktadır. Sözleşmenin 8. maddesinde yer alan diğer haklarda olduğu gibi haberleşmenin gizliliği hakkı da mutlak bir nitelik taşımayıp, meşru nedenlere bağlı olarak, yasal bir temele dayanmak ve bireylere güvenceler sunmak kaydıyla sözleşmeye taraf devletlerce sınırlandırılabilir. Sözleşmenin 8. maddesinde yer alan haberleşmenin gizliliği hakkından, kişilerin hangi araç ve yolla olursa olsun, diğer kişilerle yaptığı ve özel nitelik taşıyan haberleşmelerini üçüncü kişiler veya devlet organları tarafından öğrenilme endişesinden uzak bir biçimde yapabilmeleri anlaşılmaktadır. Örneğin; üçüncü kişiler veya devlet tarafından kişinin mektup, e-mail, faks, teleks araçları vasıtasıyla yaptıkları yazışma ve konuşmaların dinlenmemesi, içeriğine girilmemesi, içeriğinin okunmaması bu hüküm ile güvence altına alınmıştır⁸⁵⁰. Bireylerin haberleşmelerine saygı gösterilmesi hakkı kesintiye uğramadan, sansür edilmeden başkalarıyla iletişim kurmalarını gerektirir. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim de görüşme içeriği özel hayata ilişkin olsun olmasın bu kapsamda güvence altına alınmaktadır⁸⁵¹. Örneğin önceki bölümlerde değindiğimiz Birleşik Krallığa karşı Halford kararında mahkeme iş telefonu veya özel telefon ayrımı olmaksızın bütün telefon konuşmalarını haberleşmenin gizliliği hakkı kapsamında koruma altına almıştır.

⁸⁴⁹ Yıldırım, Gülşen, Özel Hayat, Aile Hayatı, Haberleşme ve Mesken, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin 8. Maddenin Genişletilmiş Yorumu İle Sağlanan Koruma, TBB, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu, Ankara 2004, s.408.

⁸⁵⁰ Anayurt, Kişisel Başvuru Yolu, s.116.

⁸⁵¹ Kilkelly, Özel Hayat, 19.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin ayırım gözetilmeksizin sözleşmenin koruması altına alınması karşısında; adli ve önleme amaçlı olarak başvurulmuş iletişimin denetlenmesi tedbirinin sözleşme ile güvence altına alınan haberleşmenin gizliliği hakkına müdahale içermesi sonucu ortaya çıkmıştır. Mahkemeye göre sözleşme ile korunan bir hakka müdahalenin söz konusu olabilmesi için bunun devlet organları veya resmi sıfatla hareket eden görevliler tarafından gerçekleştirilmesi ve devlete isnat edilebilir nitelikte olması gereklidir. Yine müdahalenin varlığından söz edebilmek için bir kimseyi mağdur statüsüne sokacak bireysel bir kararın alınması gerekir. Diğer yandan bireysel karar alınmasa da sadece yasa metninin varlığının müdahale sayıldığı durumlar da söz konusu olabilmektedir⁸⁵². Her türlü telefon dinlemesi de dahil olmak üzere haberleşmenin gizliliğine müdahalenin tüm çeşitleri ve bu kapsamda iletişimin engellenmesi ve kaydedilmesi sözleşmenin 8. maddesinin birinci fıkrası ile güvence altına alınan hakka bir müdahale oluşturmaktadır⁸⁵³.

Mahkeme Almanya'ya karşı Klass kararında kural olarak bireyin hakkına bir müdahalenin yapılmış olması gerektiğini, müdahaleye imkan tanıyan yasa hükmü bulunmasının ise bu yasa kapsamında kalan herkesin hakkına müdahale sayılmasını gerektirmeyeceğini belirtmiştir. Ancak mahkeme kararında devamla bir yasa hükmüne dayalı olarak fiilen başvurulmuş bir işlem bulunmasa dahi; yasa hükmünün bireyi doğrudan etkilediği durumlarda bizzat yasanın kendisinin de bireyin hakkını ihlal edebileceği üzerinde durmuştur. Mahkemenin müdahaleye izin veren yasanın yürürlükte olmasının bireyin özel hayatını sürekli ve doğrudan etkilediğine karar vermesi, müdahalenin birey tarafından ispat edilmesi kuralını birey lehine yumuşatmıştır⁸⁵⁴. Gerçekten haberleşme özgürlüğüne müdahale olduğunu ispatlama görevi kural olarak başvurucuya aittir. Ancak mahkeme kararında başvurucunun müdahaleyi oluşturan zararın kesinliğini kanıtlayamadığı takdirde müdahalenin gerçekleşme olasılığını gösterilebilmesini yeterli görmüştür⁸⁵⁵.

⁸⁵² 5271 ve 5397 sayılı yasalar uyarınca başvurulmuş iletişimin denetlenmesi tedbiri haberleşme özgürlüğüne müdahale sayılmaktadır. 5397 sayılı yasa ile ilk kez mevzuatımızda yer verilen önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin olarak denetleme faaliyeti fiilen gerçekleştirilmesinde dahi, bu tedbire başvurulmasına imkan tanıyan yasa hükmünün yürürlükte bulunması müdahalenin varlığının kabulü ve kişisel başvuruda bulunabilmesi için yeterli kabul edilmektedir.

⁸⁵³ Kühne, Avukatların Telefonlarının Dinlenmesi, s.99; Kilkelly, Özel Hayat, s.47; Yıldırım, Haberleşme ve Mesken, s. 409; Taşkın, Telekomünikasyon, s. 245.

⁸⁵⁴ Mahkeme kararında gizli tedbirler ve bu gizli tedbirlere imkan tanıyan yasaların bulunması nedeniyle bireylerin haklarının ihlal edildiğini ileri sürebilecekleri ifade edilmiştir. Bkz. Kilkelly, Özel Hayat, s.24.

⁸⁵⁵ Tezcan/Erdem/Sancaktar, s.237; İngiltere'ye karşı 25.03.1992 tarihli Campbell davasında hükümet başvuruda bulunan tutuklunun herhangi bir mektubunun açıldığını ispatlayamadığından, müdahale iddiasının ispatlanamadığı üzerinde durmuştur. Bkz. Kilkelly, Özel Hayat, s.23.

Haberleşme özgürlüğüne müdahalenin ispatlanması noktasında adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından bir sorun bulunmamaktadır. Zira; CMK'nun 135 ve devamı hükümleri uyarınca başvuru tedbir gizli olarak uygulanmakta ve en geç geri bildirim aşamasında birey tedbire maruz kaldığından haberdar olmaktadır. Bu aşamada müdahalenin ispatlanmasına gerek olmaksızın müdahaleye ilişkin olarak yasal yollara başvurulabilecektir. Kovuşturma evresinde de tedbir ve sonuçları dosyaya yansıdığından müdahalenin ispatlanmasına gerek kalmayacaktır. Ayrıca tedbire maruz kalanlar müdahaleden hiçbir şekilde haberdar olmasalar dahi, CMK'nda iletişimi denetlenebilecek kişiler arasında yer aldıkları iddiası ile müdahalenin gerçekleşme olasılığını ileri sürerek başvuruda bulunabileceklerdir.

5397 sayılı yasa kapsamında başvuru önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından ise; hakkında iletişimin denetlenmesi kararı verilen ve tedbir uygulanan bireyin tedbire maruz kaldığını ispat yükümlülüğü bulunmaktadır. Ancak önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi kararlarının gizli oluşu ve geri bildirim yükümlülüğünün öngörülmemesi nedeniyle, bireyin tedbire maruz kaldığından dahi haberdar olması çoğu kez mümkün olmayacaktır. Ancak AİHM'nin müdahaleye izin veren yasanın yürürlükte olmasının bireyin özel hayatını sürekli ve doğrudan etkilediği yönündeki görüşü karşısında, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine maruz kaldığını düşünen bireyler bunu ispat etmek zorunda kalmadan, müdahalenin gerçekleşme olasılığına dayalı olarak gerek ulusal, gerekse uluslararası denetim yollarına başvurabileceklerdir. Sadece kanunun varlığı dahi bu noktada müdahale olasılığının varlığı olarak değerlendirilebilecektir⁸⁵⁶.

2. Müdahalenin Yasallığı

Özgürlüklerin yasa ile sınırlandırılması; demokratik liberal rejimlerde genel iradenin yansıdığı parlamento aracılığı ile özgürlüklerin sınırlandırılması anlamına gelmektedir. Bu noktada parlamentoların her türlü karar yönteminin özgürlüklerin sınırlandırılması için elverişli olduğu düşünülmemelidir. Sınırlamanın yasayla yapılması ile amaçlanan güvenceler sağlanmalıdır. Bu güvenceler ise iki noktada toplanabilir. Öncelikle yasa parlamentoda açık görüşme ve tartışma yöntemleri ile hazırlanmalıdır. Bu sayede özgürlüklerin açık bir forumda ve kamuoyunun denetimi altında sınırlandırılması sağlanmış olacaktır. Diğer yandan; yasa ile

⁸⁵⁶ Taşkın, Telekomünikasyon, s.248.

herkes için geçerli genel kurallar konularak sınırlamanın objektifliği sağlanmış olacaktır⁸⁵⁷. Demokratik toplumların bu güvenceleri içeren yasalara dayalı olarak temel hak ve özgürlükleri sınırlandırmalarının yanında, anayasa yargısı da diğer bir güvence olarak karşımıza çıkmaktadır. AİHS'nin 8/II hükmünde açıkça müdahalenin yasayla öngörülmüş olması aranmaktadır. AİHM uygulamasında da öncelikle, müdahalenin yasalara uygun olup olmadığı irdelenmekte, müdahale yürürlükte olan yasaya uygun değilse sözleşmenin ihlal edildiği kabul edilmektedir. Müdahalenin yasaya uygun olduğu tespit edildiğinde ise diğer koşullar irdelenmektedir. Bu itibarla; yasallık ilkesi öncelikle sözleşme ile tanınan bir hakka müdahalenin idari bir uygulama ile değil, yasa ile yapılmasını zorunlu kılmaktadır⁸⁵⁸. AİHS'nde yasanın maddi anlamı ile mi, yoksa şekli anlamda mı ele alındığı konusunda bir açıklık bulunmamakla birlikte, mahkeme kararlarında yasanın maddi anlamda ele alındığı görülmektedir⁸⁵⁹. Mahkeme uygulaması incelendiğinde yasa kavramı içeriğine sadece yazılı hukukun değil, yazılı olmayan örf ve adet hukukunun da alındığı görülmektedir⁸⁶⁰.

Türk hukukunda adli ve önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri gerek şekli, gerekse maddi anlamda yasa normlarıyla düzenlenmiştir. Zira; temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğini öngören Anayasanın 13. maddesi karşısında tedbirin hukuken öngörülmüş olma kriteri bakımından bir sorun bulunmamaktadır. Ancak tedbirin sadece kanunla düzenlenmesi yasallık ilkesine uygunluk açısından yeterli görülmemektedir.

⁸⁵⁷ Münci, Kamu Hürriyetleri, s.230, 231; Uygun, Oktay, 1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, İstanbul 1992, s.90.

⁸⁵⁸ Batum, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, s.264; Üzeltürk, Özel Hayatın Gizliliği, s.233.

⁸⁵⁹ Haberleşme özgürlüğüne müdahalenin dayanağının yasama organının ürünü olan şekli anlamda yasa olması gerekliliğine ilişkin olarak iki ayrı yaklaşım bulunmaktadır. Önemlilik teorisi adı verilen birinci yaklaşıma göre; düzenlemelerin şekli anlamda da yasa olması gereklidir. Zira yasal düzenleme zorunluluğuna ancak yazılı bir hukuk normu uygunluk taşıyabilir. Bunun kökeninde de yasanın yapılmasına yasama organının katılımına yönelik demokratik talepler yatmaktadır. Örf ve adet hukuku kapsamında yer aldığı varsayılan bir hükme dayalı olarak haberleşme özgürlüğüne müdahale edilemez.. Bkz. Erdem, Gizli Soruşturma, s. 187.

İkinci yaklaşıma göre ise; yasa kavramı şekli anlamda değil biçimsel anlamda ele alınmalı özellikle yazılı olmayan hukuk da bu kapsamda ele alınmalıdır. Zira; yasa kavramının içerisinde tüzük, yönetmelik, hatta genelgelerin dahi bulunmaktadır. Bkz. Kühn, s.101; Tezcan/Erdem/Sancaktar, s.239.

⁸⁶⁰ Case of Kokkinakis v. Greece, 14307/88, 25.05.1993, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbk&action=html&highlight=Case%20%7C%20of%20%7C%20Kokkinakis&sessionid=23690718&skin=hudoc-en> (E.T.13.01.2009). AİHS'nin 8, 9, 10, 11 ve ek 1 nolu protokolün 1. maddesinde yer alan hakların sınırlandırılmasında güvence olarak görülen “in accordance with law”, “prescribed by law” veya “conditions provided for by law” şeklinde ifade edilen kavram esasen “hukuken öngörülmüş olma” şeklinde tam karşılığını bulabilir. Ancak yaygın kullanım “yasallık” ilkesi olduğu için, çalışmamızın bu bölümünde yasallık terimi kullanmış bulunmaktayız. Aynı yönde; Üzeltürk, Özel Hayat, s.233. Mahkeme Fransa'ya karşı Kruslin davasında da yasa teriminin daima resmi anlamda değil, bağımsız anlamda ele alınması gerektiğini yasallık kavramının yasalardan alt seviyedeki düzenlemeleri ve yazısız hukuku kapsamına aldığını belirtmektedir. Bkz. Kruslin v. France, 11801/85, 24.04.1990, pg. 29, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbk&action=html&highlight=Kruslin&sessionid=23691120&skin=hudoc-en>, E.T.(13.01.2009).

Bu ilke kapsamında yasanın kalitesi ile ilgili getirilen diğer kıstaslara da uygunluk aranmaktadır.

AIHM'nin yasallık ilkesine ilişkin içtihatları değerlendirildiğinde; mahkemenin yasallık ilkesini ele alırken öncelikle sınırlamanın yukarıda belirttiğimiz doğrultuda iç hukukta bir dayanağı bulunup bulunmadığını araştırdığı görülmektedir. Bu aşama sonunda müdahalenin iç hukukta bir dayanağı bulunduğu saptandığı takdirde; iç hukuktaki dayanağın kalitesinin değerlendirilmesine geçilmektedir. Burada yasanın sözleşmenin başlangıç bölümünde ifade edilen hukukun üstünlüğü ilkesine uygun olması, yetkililerin hukuka aykırı müdahaleleri karşısında iç hukukun uygun ve etkili güvenceler içermesi aranmaktadır.

Mahkemenin müdahalenin dayanağını oluşturan yasada bulunmasını gerekli gördüğü, yasanın kalitesi olarak da adlandırılan özellikler yasanın ulaşılabilirliği, öngörülebilirliği ve açıklığı şeklinde sıralanabilir. Aşağıda mahkemenin yasada bulunmasını aradığı bu özellikleri inceleyeceğiz.

a. Ulaşılabilirlik

Yasanın ulaşılabilir olmasından vatandaşların belli bir olaya uygulanabilir nitelikteki hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olmaları, bireyler tarafından yasaya rahatlıkla ulaşılabilir olması anlaşılmaktadır. Mahkeme Birleşik Krallığa karşı Khan davasında⁸⁶¹ uyuşturucu suçuna ilişkin olarak telefonların gizlice dinlenmesi olayında müdahalenin gerçekleştiği dönemde Birleşik Krallık sınırları içerisinde gizli dinleme cihazlarının kullanımını öngören bir yasal sistem bulunmadığı, cihazların kullanımının İçişleri Bakanlığı rehber kuralları ile düzenlendiği ve halkın bu kurallara doğrudan ulaşamadığı gerekçesi ile yasanın ulaşılabilirlik özelliği bulunmadığından sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir⁸⁶². Mahkeme İngiltere'ye karşı Silver ve diğerleri davasında da hükümlülerin mektuplarının cezaevi yetkilileri tarafından kontrol edilmesinin sözleşmeye aykırılık teşkil ettiğine yönelik şikayeti incelerken, hükümlülerin mektuplarının denetlenmesine ilişkin kurallar içeren ve İçişleri Bakanlığının cezaevi bölümü tarafından çıkarılıp yayınlanmış sürekli emirlerin yeterince kesin olduğunu, ancak yayınlanmamış

⁸⁶¹ Case Of Khan v. United Kingdom, 35394/97, 12.05.2000, <http://cmiskp.echr.coe.int/tpk197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Khan&sessionid=2369112&skin=hudoc-en>, (E.T. 13.01.2009)

⁸⁶² Kilkelly, Özel Hayat, s.26.

talimat genelgeler gibi belgelerin hakkına müdahale edilen bireye, onu etkileyecek kuralı önceden görme olanağını vermeyeceğini ifade etmiştir⁸⁶³.

Türk hukukunda adli ve önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin düzenlendiği 5271 ve 5397 sayılı yasalar, mahkemenin aradığı ulaşılabilirlik kriteri bakımından mahkemenin kriterlerine uygundur. Zira; resmi gazetede yayınlanmakla da aleniyet kazanan bu yasalara bireyler tarafından rahatlıkla ve doğrudan doğruya ulaşılabilirliktedir.

b. Öngörülebilirlik

Yasanın öngörülebilirlik özelliği ilgililerin yasanın etkilerini öngörebilmelerini ve mevcut şartlar altında belirli hareketlerinin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde tahmin etmelerini gerekli kılmaktadır. Tahmin edilebilirlik şartı olarak da ifade edilen bu özellik, bireyin haberleşmesine devlet görevlilerinin ne zaman müdahale edebileceğini tahmin edip, buna göre davranışlarını ayarlayabilmesini gerektirir⁸⁶⁴. Bu sayede bireyler belirli eylemlerin getirdiği sonuçları, durumun makul saydığı ölçüde ve eğer gerekirse bir danışman yardımıyla görebileceklerdir⁸⁶⁵. Gerekğinde uygun tavsiyeler alındıktan sonra belirli hareketlerinin ne tür sonuçlar doğuracağı yasalarla açıklıkla ifade edilmelidir⁸⁶⁶. İdari otoritelere verilen takdir yetkisinin kapsamı açıklık taşıy şekilde verildiği takdirde, sözleşme ile uyum sağlanmış olacaktır⁸⁶⁷. Zira; iletişimin denetlenmesi tedbiri ilgili kişiye veya kamuya açık olarak gerçekleştirilmediği için, idareye veya hakime tedbire başvurma olanağı veren yetkinin sınırsız bir şekilde ifade edilmesi hukukun üstünlüğü ilkesine de aykırılık teşkil edecektir⁸⁶⁸.

⁸⁶³ Case of Silver and Others v. United Kingdom, 5947/72, 25.03.1993, pg. 87-88; Kararın çevirisi için bkz. Doğru, İnsan Hakları, C.I, s. 585, 586.

⁸⁶⁴ Kilkelly, Özel Hayat, s.26, 27; Şen, Telefon Dinleme, s.30.

⁸⁶⁵ Case Of The Sunday Time v. United Kingdom, 26.04.1979, 6538/74, pg. 49; Yasanın öngörülebilirliği yasanın yoruma yer bırakmayacak derecede yazılması anlamına gelmez. Buna göre kişi gerektiğinde hukuksal yardım alarak davranışının sonuçlarının neler olabileceğini makul bir ölçüde öngörebilmelidir. Kararın çevirisi için bkz. Doğru, İnsan Hakları, C.I, s.276-307.

⁸⁶⁶ AİHM'nin kişi özgürlüğünün sınırlanması bakımından iç hukukta yetki olsa ve kötüye kullanılsa bile, ilgili yasada AİHS açısından herhangi bir yasanın kabul edilebilir olmasına temel teşkil eden niteliklerin bulunmaması durumunda gerekli yasal dayanağın temin edilmediğine hükmettiği ve yasalarda aranan bu niteliklerin ulaşılabilirlik, öngörülebilirlik ve kesinlik kriterleri olduğu, ayrıca yasalara tabi olan kişilerin keyfi muameleye maruz kalma riskine karşı diğer teminatlarının da bulunmasını gerektirdiği hk. bkz, Macovei, Monica, Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Ankara, 2003, s.16.

⁸⁶⁷ Case Of Olsson v. Sweden, 10465/83, 24.03.1988, pg. 62. Bkz. Altıparmak, Telefonların İzlenmesi, s.38; Doğru, Osman, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, C.II, İstanbul 2004, s.481, 482.

⁸⁶⁸ Case of Kruslin v. France, 11801/85, 24.04.1990, prg.30; Case of Khan v. United Kingdom, 35394/97, 12.05.2000, pg.26, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Khan&sessionid=2369112&skin=hudoc-en>, (E.T. 13.01.2009).

AİHM'nin dayanak yasanın kalitesini değerlendirirken ele aldığı öngörülebilirlik kriterini Anayasa Mahkemesinin de kanunkoyucudan beklediği görülmektedir. Gerçekten Anayasa Mahkemesi özel hayatın gizliliğine ilişkin kararlarında yasakoyucunun Anayasada yer alan genel sınırlama sebeplerini yasaya aynen aktarmasıyla, Anayasadaki kanunilik şartının yerine getirilmiş olmayacağı üzerinde durmuştur. Anayasa Mahkemesine göre; milli güvenlik, kamu düzeni gibi uygulayıcının kişisel görüş ve anlayışlarına göre genişletilebilecek, öznel yorumlara elverişli, bu nedenle de keyfi uygulamalara dek varabilen çeşitli ve aşamalı uygulamalara yol açacak genel kavramların yasaya geçirilmesi anayasa koyucunun amacına uygun düşmez ve bu düzenlemelerin bir yasal düzenleme işlevini göreceği düşünülemez⁸⁶⁹.

AİHM kararlarından iletişimin denetlenmesi tedbiri sonrası bireylerin haberdar edilmesine ilişkin olarak, ilgililere dinlendikleri yönünde bilgi verilmesi zorunluluğu bulunduğu sonucu çıkarmak mümkün değildir. Mahkeme telefon dinlemeye ilişkin olarak verdiği *Krusling ve Huving* kararlarında⁸⁷⁰ dinlenen kişilere bilgi verilmesi konusuna değinmemiş ve bu konu mahkeme önüne gelen sonraki davalarda da incelenmemiştir. Almanya'ya karşı *Klass* kararında⁸⁷¹ ise dinlemenin sona erdiği anda ilgili kişiye bildirimde bulunulmamasının tek başına ihlal sonucu doğurmayacağı belirtilmiştir. Diğer yandan mahkeme yeni tarihli bir kabul edilmezlik kararında da açıkça devletin hakkında kovuşturma açılmayan kişiye telefonunun dinlendiğini bildirmemesinin diğer güvencelerin bulunması durumunda, sözleşmeyi ihlal etmeyeceği sonucuna ulaşmıştır⁸⁷². Bu itibarla; mahkeme uygulamasında öngörülebilirlik kriterinin tedbire maruz kalan kişiye mutlaka tedbir hakkında bilgi verilmesi zorunluluğunu gerektirmediği, yasal düzenlemelerde sonradan bildirim yükümlülüğüne yer verilmemesinin tek başına sözleşmenin ihlali sonucunu doğurmadığı söylenebilir.

⁸⁶⁹ Ay. Mah. 18-22.11.1976 T., 1976/27 E. ve 1976/51 K. sayılı kararı (AMKD., S.14, s.364, 365.); Ay. Mah. 25.04.1974 T., 1973/41 E. ve 1974/13 K. sayılı kararı, (AMKD, S.12, s.152).

⁸⁷⁰ *Case Of Huving v. France*, 11105/84, 24.4.1990, pg.34. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=11105/84&sessionid=23690332&skin=hudoc-en> (E.T.13.01.2009); *Case Of Kruslin v. France*, 11801/85, 24.4.1990, pg.35, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Kruslin&sessionid=23690238&skin=hudoc-en> (E.T.13.01.2009).

⁸⁷¹ Kararın çevirisi için bkz. Doğru, İnsan Hakları, C.I, s.246 vd.

⁸⁷² *Greuter v. Netherland*, 19.03.2002 T. ve 40045/98 nolu kabul edilmezlik kararı. Bkz. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=40045&sessionid=23693935&skin=hudoc-en> (E.T. 13.01.2009)

AİHM'nin aradığı yasanın öngörülebilirliği kriteri bağlamında adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin düzenlendiği CMK hükümleri ele alındığında; tedbirin amacının, tedbire maruz kalabilecek kişilerin, tedbire başvurulabilecek katalog suçların, tedbirin süresinin, tedbire başvurulması için gerekli şüphenin kuvvet derecesinin ve tedbirin ikincil niteliğinin açıkça düzenlendiği CMK'nun 135 ve devamı hükümlerinin mahkemenin aradığı öngörülebilirlik kriterlerine uygun olduğu söylenebilir⁸⁷³. Diğer yandan 5397 sayılı yasa ile mevzuatımıza giren önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından ise; getirilen düzenlemelerin mahkemenin aradığı öngörülebilirlik kriterini karşıladığını söylemek mümkün değildir. Zira; suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla tedbire başvurulabileceğine ilişkin olarak getirilen düzenlemede kişi bakımından herhangi bir sınırlama getirilmemiştir⁸⁷⁴. Bu itibarla bu yasaya dayalı olarak suç işleme şüphesi altında bulunmayan kişilerin de iletişimi denetlenebilecektir. Düzenleme hakkında tedbir uygulanabilecek kişilere açıkça ve sınırlayıcı bir şekilde yer vermediğinden, iletişimin denetlenmesi tedbirine maruz kalabilecek kişi kategorilerinin kanunla açıkça belirlenmesi gerektiğini belirten AİHM kararları ile çelişmektedir⁸⁷⁵. Diğer yandan önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından tedbire başvurulmasını gerektiren şüphenin kuvvet derecesine veya somut tehlike haline, tedbirin ikincil niteliğine de yer verilmemesi ve ayrıca tedbirin uygulanabileceği suç kategorilerinin net bir şekilde belirlenmemesi uygulamada keyfiliğe yol açabilecek niteliktedir. Bu nedenle 5397 sayılı yasayla getirilen düzenlemelerin mahkemenin aradığı öngörülebilirlik kriterini karşılamadığı görülmektedir.

⁸⁷³ Aynı yönde; Taşkın, İletişimin Denetlenmesi, s.253.

⁸⁷⁴ 4422 sayılı yasada hakkında tedbire başvurulabilecek kimseler tahdidi olarak belirtilmişti. Gerçekten iletişimin dinlenmesi ve tespiti başlıklı 2. maddede; “Bu kanunda öngörülen suçları işleme veya bunlara iştirak yahut işledikten sonra faillere her ne surette olursa olsun yardım veya aracılık veya yataklık etme kuşkusu altında bulunan” kimselerin iletişiminin denetlenebileceği düzenlenmekteydi. (Kanun metni için bkz. 01.08.1999 T. ve 23773 sayılı R.G)

⁸⁷⁵ Case Of Huving v. France, 11105/84, 24.4.1990, pg.34. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=11105/84&sessionid=23690332&skin=hudoc-en> (E.T.13.01.2009); Case Of Kruslin v. France, 11801/85, 24.4.1990, pg.35, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Kruslin&sessionid=23690238&skin=hudoc-en> (E.T.13.01.2009).

c. Açıklık

Yasanın açıklığı duraksamaya ve yanlış anlamaya meydan verilmemesi ile sınırlı bir anlama sahip iken; öngörülebilirliği yasanın kapsamına hangi durumların girdiğinin önceden görülebilmesini içerir. Öngörülebilirlik kriterinin işlerlik kazanması normda açıklık ilkesinin gerçekleşmesine bağlıdır. Zira; temel hak ve özgürlüklere sınırlama getiren yasada yer alan hükümler yeterli açıklığa sahip olmadıkları taktirde, bireyler tarafından sonuçlarının öngörülebilir nitelikte olduğu da söylenemez⁸⁷⁶. Yasada genel, esnek ve her anlama çekilebilir kavramlara yer verildiği taktirde, bireylerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale yetkisinin kapsam ve sınırlarını açıkça ortaya koymak mümkün olmaz. Diğer yandan; açıklık ilkesi kamu görevlilerinin keyfi uygulamalarına karşı da güvence sağlar. Bu nedenle temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına dayanak teşkil eden yasada müdahalenin kapsam ve koşulları açık olarak ifade edilmeli, düzenleme tüm bireyler için teşhis edilebilir nitelikte olmalı, bireylerin davranışlarını düzenlemesine olanak verecek yeterlilikte ve açıklıkta formüle edilmelidir⁸⁷⁷. AİHM iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin olarak yasanın açıklığı kriterinin işlev kazanabilmesi için, yasanın iletişimin denetlenmesi tedbirini açıkça düzenlemesi ve tedbire başvurulması için gerekli koşulları özenle tanımlaması yükümlülüğü üzerinde durmaktadır. Mahkeme İngiltere'ye karşı Malone kararında sayaçlama konusunda İngiliz hakimın telefon dinlemeyi hukuka uygun bulan, yasalarda bu durumun yasaklanmadığından hareket eden ve idari uygulamalarla bu konunun düzenlendiği düşüncesine dayanan yaklaşımını yasanın açık ve kesin olmadığı, kamu görevlilerinin takdir yetkilerinin sınırlandırılmadığı gerekçesiyle yasallık ilkesini karşılar nitelikte bulmamıştır⁸⁷⁸. Mahkeme 2005 tarihli Türkiye'ye karşı Ağaoğlu kararında ise sanığın uyuşturucu kaçakçılığı suçuna ilişkin olarak yürütülen soruşturma kapsamında iletişiminin denetlenmesi ve elde

⁸⁷⁶ Doktrinde bir görüşe göre; açık ve öngörülebilir olmayan yasa amaca ulaşmak için gerekenden daha fazla sınırlamaya olanak vereceğinden oranlılık ilkesini zedeleyecektir. Bununla birlikte hukuk devletinin gereği olarak öngörülebilirlik ve açıklık emrinin birey perspektifini temel alan kendine özgü bir yanı vardır. Yani birey yasa içeriğini daha önceden görebilmeli ve hesaba katabilmelidir. Yasa bunu sağlayamayacak derecede anlaşılması güç ve belirsizse artık oranlılık denetimine gerek kalmadan salt bu nedenle Anayasaya aykırı olur. Bkz. Gören, Anayasa Hukuku, s.376.

⁸⁷⁷ Erdem, Gizli Soruşturma, 227; Altıparmak, Telefonların İzlenmesi, s.37.

⁸⁷⁸ Mahkemeye göre hukuk, bireyi keyfi müdahalelere karşı korumak için yetkili makamlara bırakılan takdir alanının kapsamını ve tedbirin dayandığı meşru amacı dikkate alarak yetkiyi kullanma biçimini yeterli açıklıkta belirlemek durumundadır. İngiliz ve Galler hukukunda kamu makamlarına verilen takdir yetkisinin kapsamı ve süresi, kullanıma yöntemi makul bir açıklıkla belirtilmediğinden bireylerin demokratik toplumda hukukun üstünlüğüne göre hak ettikleri korumaya sahip olmadıkları sonucuna ulaşılmıştır. Bkz. Malone/İngiltere, 44787/98, 25.09.2001, pg. 68, 79.; Mahkeme Fransa'ya karşı Kruslin ve Huvig kararlarında ise; telefon dinlemeleriyle ilgili teknolojinin çok hızlı geliştiğini ve bu tür yöntemlerin çeşitlendiğini gözönüne alarak yasaların, bu gelişmeleri de kapsayacak şekilde açık ve detaylı kurallar içermesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Kil Kelly, Özel Hayat, s.28.

edilen delillerin yargılamada delil olarak kullanılmasında, dinleme kararının verildiği tarihte yürürlükte olan 1412 sayılı CMUK'nun 91 ve 92. maddelerinde yer alan düzenlemelerin iletişimin denetlenmesi yetkisi vermediği, kanunun açıklığı ve öngörülebilirliği kriterleri bakımından başvuru tedbirin sözleşme standartlarına uygun olmadığı, yapılan işlemin elkoyma tedbirinin kıyas yoluyla uygulanması olduğunu belirtmiştir⁸⁷⁹. Bu itibarla; iç hukuk düzenlemelerinin resmi makamların iletişimin denetlenmesi gibi gizli tedbirleri almak konusunda yetkili olduğu hallere ve koşullara ilişkin olarak yeterli açıklıkta olması, sözleşmenin 8. maddesinden kaynaklanan hakların keyfi olarak başvuru tedbirlere karşı korunması güvencesini içermesi zorunludur⁸⁸⁰.

Adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından açıklık ilkesi ele alındığında CMK'nun 135 ve devamı maddelerinde yer alan düzenlemelerde; amaç, uygulanacak tedbir türleri, tedbirin uygulanabileceği kişiler ve suçlar, tedbirin süresi, karar mercii, tedbirin uygulanmasında esas alınacak şartların açıkça düzenlendiği de dikkate alındığında getirilen düzenlemenin mahkeme içtihatlarında açıklık kriteri bakımından aranan kriterleri karşıladığı görülmektedir.

Önleme amaçlı iletişimin denetlemesi tedbirinin düzenlendiği 5397 sayılı yasa hükümleri incelendiğinde ise; düzenlemede tedbirin amacının, süresinin, tedbire karar verecek mercilerin açıkça gösterildiği, tedbirin uzatılma koşullarının, verilerin imhası bakımından getirilen düzenlemenin, özgürlüklere müdahale yetkisinin kapsam ve sınırlarının açıkça ortaya konduğu ve bu yönüyle düzenlemenin mahkemenin aradığı açıklık kriterini karşıladığı anlaşılmaktadır. Ancak tedbirin uygulanabileceği suç tipleri ele alındığında katalog suç tiplerinin yeterince açık olarak belirtilmediği görülmektedir. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanabileceği suç tiplerinin net bir şekilde belirlenmemesi, sınırlarının çizilmemesi, tedbirin uygulanabileceği suçlar bakımından belirsizlik yaratmakta ve getirilen önleme bu yönüyle yasanın açıklığı ilkesi ile çelişmektedir. Diğer yandan önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanabilmesi bakımından ortaya çıkan diğer belirsizlik, tedbirin uygulanmasında herhangi bir şüphe derecesine yer verilmemesinden kaynaklanmaktadır. Bu durum karşısında herkes hakkında tedbirin uygulanması mümkün hale

⁸⁷⁹ Bkz. Yenisey/Altunç, s.1305; Dinç, İnsan Hakları, s.429.

⁸⁸⁰ Künhe, Avukatların Telefonlarının Dinlenmesi, s.103; AİHM İsviçre'ye karşı Kopp kararında özel hayata ve haberleşmeye ciddi bir müdahale teşkil eden iletişimin denetlenmesi tedbirinin ayrıntılı, kesin biçimde, detaylı olarak ve teknolojik gelişmeler de gözönünde bulundurulmak suretiyle düzenlenmesi gerekliliğine işaret etmiştir. Bkz. Case of Kopp v. Switzerland, 23224/94, 25.3.1998, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Kopp&sessionId=23689196&skin=hudoc-en> (E.T.12.03.2009).

gelmiştir. Bu nedenle önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri katalog suç tipleri ve şüphe derecesi bakımından mahkemenin yasada aradığı açıklık kriterini karşılamaktan uzaktır.

3. Meşru Amaç

Sözleşmenin 8. maddesinin ikinci fıkrasına göre sınırlamaların meşru bir amaçla yapılması gerekir. Bu amaçlar sözleşmede milli güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suçun önlenmesi, sağlığın veya ahlakın korunması ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması olarak sıralanmıştır. Bu sınırlama sebepleri sözleşmenin 9/II ve 11/II hükümlerinde yer alan amaçlarla, ülkenin ekonomik refahı olarak öngörülen sınırlama sebebi dışında büyük ölçüde aynıdır.

Mahkemece özel hayata ve haberleşme hürriyetine müdahalenin ulusal yasaya uygun olduğu tespit edildikten ve yasallık ilkesi doğrultusunda yasanın kalitesine ilişkin değerlendirme yapıldıktan sonra, müdahalenin sözleşmenin 8/II hükmü çerçevesinde meşru bir amacı olup olmadığı değerlendirilmektedir. AİHS'nin 8/II hükmünde düzenlenen sınırlama sebeplerinin genişliği nedeniyle, AİHM'nin sınırlamaya gerekçe gösterilen meşru sınırlama sebeplerini reddedebilme imkanı bulunmamaktadır. Sözleşmede yer alan sınırlama sebepleri genel anlamlar yüklenebilecek mahiyette olduklarından, üye devletlerin meşru amaca aykırılıktan dolayı mahkumiyetlerine ilişkin mahkeme içtihatına rastlanmamıştır. Mahkeme içtihatlarında sınırlamaya ilişkin olarak birden çok meşru sınırlama sebebini birlikte kullanma eğilimindedir⁸⁸¹. Örneğin İngiltere'ye karşı P.G ve J.H. davasında başkalarının haklarının korunması, suçun önlenmesi ve milli güvenlik olmak üzere üç sınırlama sebebi birlikte kullanılmıştır⁸⁸².

Müdahalenin amacı veya amaçlarını belirlemek esasen iddiayı yanıtlayan devletin sorumluluğundadır. Mahkeme bu konuda hükümet tarafından ileri sürülen sebepleri genellikle reddetmemekte, başvurunun itiraz ettiği durumlarda bile bu yaklaşımını değiştirmemektedir⁸⁸³. Mahkeme Almanya'ya karşı Klass kararında da Alman kanunkoyucunun sözleşmenin 8. maddesinin birinci fıkrasında garanti edilen hakkın kullanılmasına, ulusal

⁸⁸¹ Kilkelly, Özel Hayat, s.31.

⁸⁸² Case of P.G. and J.H. v. United Kingdom, 44787/98, 25.09.2001, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.Asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=P.G&sessionId=23689388&skin=hudoc-en> (E.T.13.01.2009).

⁸⁸³ Üzeltürk, Özel Hayat, s.238.; Kilkelly, Özel Hayatın Gizliliği, s.31.

güvenlik amacıyla, suç ve düzensizliği önlemek için demokratik bir toplumda gerekli olan yasayla müdahale etmesinin haklı olduğu sonucuna ulaşmıştır⁸⁸⁴. En çok kullanılan sınırlama sebepleri arasında yer alan düzensizliğin ve suçun önlenmesi, bir sınırlama sebebi olarak mahkumların telefonlarının dinlenmesine ilişkin davalarda, arama ve elkoymaya ilişkin davalarda ve mülteci kontrol politikalarına ilişkin davalarda kullanılan bir sınırlama sebebi olarak karşımıza çıkmaktadır⁸⁸⁵. Mahkeme hükümlülerin haberleşmesinin denetlenmesine ilişkin kararında suç ve düzensizliğin önlenmesi, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması meşru sebeplerine dayalı olarak yasa ile düzenlenen tedbiri haklı bulmuştur⁸⁸⁶. Mahkeme evde ve karakolda telefonların dinlenmesine ilişkin olarak da, meşru sınırlama sebepleri arasında başkalarının hakları ve özgürlüklerinin korunması, milli güvenlik ile suçun önlenmesini meşru sınırlama sebebi olarak kullanmıştır⁸⁸⁷.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin olarak 5271 ve 5397 sayılı yasada yer alan düzenlemeler ele alındığında; iletişimin denetlenmesi tedbirine konu olabilecek katalog suçların gerek CMK'nun 135. maddesinde, gerekse 5397 sayılı yasada sınırlı ve belirli ağırlıktaki suçlar olarak düzenlendiği, suç işlenmesinin önlenmesi veya şüphelilerin tespiti ve yakalanması amaçlı başvurulmuş iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanabileceği suçların istisnai ve kamu düzenini ağır şekilde tehdit eden veya zedeleyen suçlar olduğu görülmektedir. Bu itibarla; mevzuatımızda düzenlenen iletişimin denetlenmesi tedbirinin sözleşmenin 8. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan meşru sınırlama sebeplerini içerdiği, iletişimin denetlenmesine ilişkin olarak getirilen düzenlemelerin bu kriter yönünden mahkeme kriterlerine uygun olduğu söylenebilir.

⁸⁸⁴ Case Of Klass and Others v. Germany, 5029/71, 06.09.1978, pg.60; Doğru, İnsan Hakları, C.I, s.263; Ayrıca bkz. Tezcan/ Erdem/ Sancaktar, s.237.

⁸⁸⁵ Clayton/Tomlinson, s.832.

⁸⁸⁶ Belçika'ya karşı De Wilde vd. davasında başvuru tutuldukları sırada mektuplarının açılıp incelenmesinin haberleşmeye saygı hakkını ihlal ettiğini iddia etmişlerdir. Mahkeme olayda başvuru tutuldukları sırada mektuplarının denetlenmesinin hiç kuşkusuz haberleşme özgürlüğüne kamu makamlarınca yapılan bir müdahale olduğunun üzerinde durduktan sonra, bu müdahalenin 21 Mayıs 1965 tarihli Kraliyet Kararnamesinin 20-23 maddeleri ile 95. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde, iç hukukta dayanağı bulunan, yani sözleşmenin 8/II fıkrası anlamında hukuken öngörülmüş bir müdahale olduğunu belirtmiştir. Mahkeme iç hukukta dayanağı bulunan müdahalenin ikinci fıkradaki "suçun ve düzensizliğin önlenmesi" ve "başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması" meşru amaçlarını izlediğini belirtmiştir. Sonuçta mahkeme Belçika yetkili makamlarının sözleşmenin 8/II maddesinde kendilerine tanınan yetkileri aşmadığını belirterek başvuru tutuldukları telefonlarının denetlenmesini demokratik bir toplumda gerekli bir müdahale olarak görmüş ve haberleşme hürriyetine saygı hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Case Of De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium, 2832/66, 18.06.1971, pg. 92, 93.; Kararın çevirisi için ayrıca bkz, Doğru, İnsan Hakları, C.I, s.73-83.

⁸⁸⁷ Case of P.G. and J.H./United Kingdom, 44787/98, 25.09.2001, pg. 76, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=P.G&sessionid=23689388&skin=hudoc-en>. (E.T.13.01.2009).

Anayasanın “Haberleşme Hürriyeti” başlıklı 22. maddesinde 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle haberleşme hürriyetinin sınırlandırılması sebebi olarak milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasına sınırlama sebebi olarak yer verilmiştir. Düzenleme AİHS’nin 8. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan sınırlama sebeplerinin hemen hepsini içermektedir. Bu doğrultuda değerlendirildiğinde; ülkenin ekonomik refahı kriteri dışında sözleşmede yer verilen meşru sınırlama sebeplerinin Anayasal düzenleme ile benzerliği dikkat çekicidir. Yine Anayasanın 13. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplerle ve kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlama sebeplerinin de haberleşme hürriyeti yönünden sözleşme paralelinde Anayasanın 22. maddesinde getirilen sınırlama sebepleri olduğu görülmektedir. Haberleşme hürriyetinin sınırlandırılmasına ilişkin olarak Anayasada ve AİHS’nde yer verilen meşru sınırlama sebeplerine yasal düzenlemelerde yer verilmese de, AİHS’nin 8/II ve Anayasanın doğrudan uygulanabilir nitelikteki 22/II hükmünün iletişimin denetlenmesi tedbiri kararı verilirken öncelikle dikkate alınarak uygulanması gereklidir⁸⁸⁸.

4. Sınırlamanın Demokratik Bir Toplumda Gerekli Olması

Haberleşme hürriyetine yapılan müdahalenin yukarıda sayılan meşru amaçlarla yapılması yanında müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olması da mahkeme uygulamasında aranmaktadır. Müdahale demokratik bir toplumda zorunlu olmalı ve sınırlama meşru amaçla orantılı olduğu ölçüde yapılmalıdır. Bu aşamada öncelikle demokratik toplumdan ne anlaşılması gerektiği belirlenmelidir. Sözleşmenin 8, 9, 10 ve 11. maddelerinde yer alan ortak bir güvence olduğu için demokratik toplum düzeninin gereklerinin ne olduğunun belirlenmesinde sayılan maddelere ilişkin içtihatlar yardımcı olacaktır⁸⁸⁹. Mahkeme İngiltere’ye karşı Sunday Times kararında demokratik toplum düzeninde gerekli

⁸⁸⁸ Teziç, s. 59; Akıllıoğlu’na göre; Anayasa kuralının kendiliğinden ve doğrudan uygulanabilmesi ancak arada bir yasa yoksa ve anayasa kuralı açık, kesin ve ayrıntılı ise mümkündür. Bkz. Akıllıoğlu, İnsan Hakları I, s.53.

⁸⁸⁹ İchtihatlar için bkz. Batum, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, s.231. Almanya’ya karşı Klass kararında da; birey açısından haberleşme hürriyetinin sınırsız bir hak olmadığı, kamu otoritesi tarafından haberleşme hürriyetinin ancak meşru amaçlarla sınırlı olarak, suistimallere yer vermeden ve yeterli garantilere sahip yasal düzenlemelerle sınırlanabileceği belirtilmiştir. Mahkeme kararında şu yorumu yapmaktadır: “Temel özgürlükler bir yandan etkin bir siyasal demokrasi ve öte yandan ortak bir anlayış ve üye devletlerin dayandığı insan haklarının yerine getirilmesiyle korunabilir. Bunun 8. madde bakımından anlamı şudur; birinci fıkrada garanti edilen hakkın birey tarafından kullanılması ile ikinci fıkraya göre demokratik toplumun korunması için gizli izlemeye olan ihtiyaç arasında denge aranmalıdır”. Case Of Klass and Others v. Germany, 5029/71, 06.09.1978 pg.59. Bkz. Doğru, İnsan Hakları, C.I, s.262, 263; Mahkeme demokratik toplumdan ne anlaşılması gerektiğini ise İngiltere’ye karşı Handyside kararında açıklamıştır. Kararda demokratik toplumdan çoğulculuk, açıklık ve toleransın bulunduğu bir toplumun anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir. Kilkelly, Özel Hayat, s.49.

olma konusunda üç aşamalı bir test uygulamıştır. Bunlar; zorlayıcı toplumsal ihtiyacın varlığı, müdahalenin meşru amaçla orantılı olması ve müdahaleyi haklı kılmak için ulusal makamlar tarafından gösterilen gerekçenin ilgili ve yeterli olmasıdır⁸⁹⁰. Mahkemenin demokratik bir toplum için gerekli olma kavramına müdahalenin toplumsal bir ihtiyaç baskısı oluşup oluşmadığı ve özellikle de müdahalenin öngörülen amaç ile orantılı olup olmadığı şeklinde anlam verdiği söylenebilir⁸⁹¹. Demokratik bir toplumda sınırlayıcı tedbirlerle varılmak istenen amaca eğer söz konusu hak daha az sınırlanarak ulaşılabiliyorsa bu sınırlama kabul edilebilir değildir. Ancak bu durum sınırlamanın amacına ulaşması için vazgeçilmez ve mutlaka gerekli olması anlamına da gelmemektedir⁸⁹². Bu noktada demokratik toplumda gereklilik ifadesi vazgeçilmez anlamında olmadığı gibi, mutlak surette gerekli, zorunlu ölçüde, durumun zorunlu olarak gerektirdiği deyimlerinin taşıdığı kesinliği de taşımamaktadır. Diğer yandan buradaki gerekli nitelemesi kabul edilebilir, hoşgörülebilir, akla yatkın, normal, makul yada uygun deyimlerinin taşıdığı elastikiyete de sahip değildir. Demokratik bir toplumda gereklilik ifadesi yapılan müdahale bakımından zorlayıcı bir toplumsal gereksinimi içermektedir⁸⁹³. Bu nedenle toplumsal ihtiyaç baskısının var olduğu konusunda ileri sürülen nedenler demokratik bir toplumda gerekli olma kriteri ile ilgilidir ve müdahale bakımından gereklidir⁸⁹⁴.

Günümüzde istihbari faaliyetler sonucu elde edilen bilgilerden hareketle organize suçlar yanında birçok nitelikli suçla mücadelede önemli başarılar elde edilmektedir⁸⁹⁵. Diğer yandan işlenmiş suçlar yönünden adli kolluk faaliyeti çerçevesinde suça ilişkin delil elde etme ve suçun faillerinin tespiti bakımından da istihbari faaliyetler kolluğa önemli avantajlar sağlamaktadır. Avrupa Parlamentosunun 2001/2098(I INI) sayılı raporunda da; "Bir devlet

⁸⁹⁰ Case Of The Sunday Times v. United Kingdom, 6538/74, 26.04.1979, Series A.30, pg. 62. [http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbk&action=html&highlight=Sunday % 20 % 7C % 20 Times & sessionid=23689567&skin=hudoc-en](http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbk&action=html&highlight=Sunday%20%7C%20Times&sessionid=23689567&skin=hudoc-en) (E.T.13.01.2009).

⁸⁹¹ Kil Kelly, Özel Hayat, s. 32.

⁸⁹² R. Ruiz, Blanca, Privacy in Telecommunications, A European And An American Approach, Kluwer Law International, 1997, s. 190; Mahkeme İngiltere'ye karşı Handyside kararında; "gerekli" sıfatının zorunluluk sözcüğü ile anlamdaş olmadığını, mutlaka gerekli, m.6/1'deki kesinlikle gerekli ifadeleri ve m.15/1'deki durumun zorunluluklarının kesin olarak gerektirdiği ölçüde ifadelerinin taşıdığı kesinliğe sahip olmadığını gibi; kabullenilebilir, olağan, yararlı, makul veya arzu edilen deyimleri gibi esnekliğe de sahip olmadığını ifade etmiştir. Handyside/İngiltere, 5493/72, 07.12.1976, pg.48. Kararın çevirisi için bkz. Doğru, İnsan Hakları, C.I, s. 161-180.

⁸⁹³ Gölcüklü, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Demokratik Toplum Ölçütü, A.Şeref Gözübüyük'e Armağan, Ankara 2005, s.116; Toplumsal ihtiyaç baskısını açıklamak için ciddi nedenlere ihtiyaç vardır. Bu sebeple milli güvenlik için alınan önlemler daha kolay açıklanabilirken, genel ahlak için aynı kolaylık söz konusu değildir. Devletin yetkisini keyfi kullanmasını engellemek için konulan koruyucular da bu kapsamda değerlendirilebilir. Kil Kelly, Özel Hayat, s.34.

⁸⁹⁴ Eren, Abdullah, Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri, İstanbul, 2004, s.200.

⁸⁹⁵ Eryılmaz, İstihbarat, s.149.

kural olarak, ülke içindeki yasal düzen ortamının devamlılığının ve ulusal güvenliğin sağlanması amacı ile dinleme faaliyetleri yürütebilir. Organize suçların ve terörizme yönelik faaliyetlerin eyleme dönüşmeden belirlenebilmesi amacıyla ulusal kanunlar devlet birimlerini, kişi ve gruplar hakkında bilgi toplayabilmesi hususunda yetkili kılar. Konuya ilişkin veriler ise ülkenin istihbarat servisi tarafından toplanır ve analiz edilir." denilmek suretiyle temel hak ve hürriyetlere saygı prensibi çerçevesinde hazırlanan ulusal kanunlar ile telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesine cevaz verilmektedir⁸⁹⁶. Diğer yandan istihbarat ajanlarının da demokratik bir toplumda var olabileceği kabul edilmekle beraber, vatandaşların gizli gözetimi konusundaki yetkinin sadece demokratik kurumları korumak için mutlaka gerekli olduğu durumlarda AİHS kapsamında makul kabul edilebileceği belirtilmektedir⁸⁹⁷.

Demokrasi kavramı mahkemenin İngiltere'ye karşı Young James et Webster kararında; "çoğunluk fikirlerinin üstünlüğüne dayanan, sadakate dönüşmeyen, baskın durumdakilerin tüm suistimallerinden kaçınan ve azınlığa karşı adil davranmayı garanti eden bir dengeyi ifade eder" şeklinde tanımlanmıştır⁸⁹⁸. Demokratik toplumun mahkeme kararında da belirtilen özelliklerinin meşru sınırlama sebepleri adı altında veya değişik gerekçelerle yok edilmemesi veya içinin boşaltılmaması gerekir. Diğer yandan suç örgütlerinin de demokratik toplum düzenini bozmalarına ve toplumu yaşanmaz hale getirmelerine izin verilmeyerek bu iki gereklilik arasında denge sağlanmalıdır⁸⁹⁹. Mahkeme hukukun üstünlüğüne dayalı bir toplumun varlığını gereği gibi sürdürebilmesi için iç güvenlik hizmeti gören istihbarat kurumu gibi müesseselerin mevcudiyetini ve bunların da etkili olmak için gizli faaliyetlerde bulunup, gerektiği şekilde toplumları korumaları gerekliliğini kabul etmektedir. Zira; devlet demokratik toplumun değerlerine tecavüze yeltenen kişi veya grupların girişimlerine karşı bu sayede kendisini koruyabilecektir⁹⁰⁰.

5271 sayılı CMK'nun adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin olarak getirdiği düzenlemeler diğer koruma tedbirleriyle aydınlatılamayan, şüphelileri tespit edilemeyen ve toplum düzenini önemli ölçüde etkileyen suçların ve faillerinin kamu otoritesi tarafından ortaya çıkarılması, ulusal güvenlik ve kamu emniyetinin korunarak devamlılığının sağlanmasına imkan sağlamaktadır. Bu itibarla; 5271 sayılı yasa ile getirilen düzenlemeler

⁸⁹⁶ 5397 sayılı yasanın gerekçesi; T.B.M.M. 22. Dönem 3. Yasama Yılı 2/546 nolu İçişleri Komisyonu Raporu.

⁸⁹⁷ Kilkelly, Özel Hayat, s.49.

⁸⁹⁸ Bkz. Gölcüklü, Demokratik Toplum Ölçütü, s.116.

⁸⁹⁹ Taşkın, Telekomünikasyon, s.261.

⁹⁰⁰ Gölcüklü, Demokratik Toplum Ölçütü, s.116.

teorik olarak mahkemenin aradığı demokratik toplumda gerekli olma kriterini karşılamaktadır. Salt meşru amaçlara dayalı olarak verilen iletişimin denetlenmesi kararları, iletişimin denetlenmesi tedbirine getirilen sınırlamayla, sınırlamanın dayandırıldığı meşru amaçlar arasında orantı bulunmadığı takdirde AİHM uygulamasında demokratik toplum için gereklilik kriteri bağlamında sözleşmeye aykırılık teşkil edecektir. Bunun için telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin olarak verilen hakim kararlarında demokratik toplum için gereklilik kriterinin irdelenerek, kararların gerekçesinde bu kritere de yer verilmesi gereklidir. Sonuç olarak 5271 sayılı yasanın iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin olan hükümlerinin teorik anlamda mahkemenin aradığı demokratik toplumda gereklilik kriteri ile uyumlu olduğu söylenebilir.

5397 sayılı yasa ile düzenlenen önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine bakımından demokratik toplum için gereklilik kriteri değerlendirildiğinde; bu yasa ile getirilen düzenlemelerde Anayasanın 22/II. maddesi doğrultusunda tedbire başvurulabilecek katalog suçların milli güvenlik, kamu düzeni ve genel sağlığı tehdit eden suçlar oldukları ve bu suçların önlenmesi amacıyla iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilmesine imkan tanındığı görülmektedir. Bu yönüyle toplumsal ihtiyaç baskısını karşılayan suçlar yönünden tedbire yer verildiği söylenebilir. Ancak tedbire başvurulmasını gerektiren şüphe derecesine veya somut tehlike haline kanunda yer verilmemiştir. Bu nedenle getirilen düzenleme demokratik toplum için gereklilik kriterini, sınırlamanın meşru amaçla orantılılığı özelliği bakımından karşılamaktan uzaktır. 5397 sayılı yasada demokratik toplum için gereklilik kriterinin içeriği bu yönüyle tam olarak doldurulmadığından getirilen düzenlemenin sözleşme ile öngörülen ve AİHM tarafından aranan kriterlerle uyumlu olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu nedenle hakimlerin iletişimin denetlenmesi kararlarında veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerle kanunla yetkili kılınan merciin kararlarının onaylanmasına ilişkin kararlarında demokratik toplum için gereklilik kriterini irdelleyerek ve karar gerekçelerinde de buna yer vermek suretiyle mahkeme kriterleri ile uyumlu tedbir kararları vermeleri önem arz etmektedir. Hakim kararlarında her somut olayda iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmadığı takdirde ciddi ve yakın bir toplumsal tehlike ile karşı karşıya kalınıp kalınmayacağı ve müdahaleye neden olan olayın özelliklerinin ele alınıp karar gerekçesinde irdelenmesi halinde demokratik toplum kriteri yönünden sözleşme ile uyum sağlanmış olacaktır.

5. Sınırlamanın Ölçülü (Dar Anlamda Orantılı) Olması

Dar anlamda orantılılık yani ölçülülük geleneksel anlayışa göre, devlet ve bireyin çatışan menfaatlerini dikkate alır. Diğer bir deyişle dar anlamda orantılılık, bir değerler tartımı anlamına gelmektedir⁹⁰¹. Eğer daha az değer taşıyan bir amaç uğruna, yüksek değerdeki bireyin temel hak ve özgürlüğüne ilişkin menfaat ihlal ediliyorsa, bu taktirde ölçülülük ilkesine yönelik bir ihlal ortaya çıkmaktadır⁹⁰². Müdahale ne kadar kapsamlı ve sınırlayıcı ise müdahaleyi haklı saymak için ortaya konulması gereken nedenler de o kadar güçlü olmalıdır⁹⁰³. Bu aşamada öncelikle hangi tür menfaatlerin çatışmaya girdiği, daha sonra da çatışmaya giren bu menfaatlerin anayasal bir çerçeveye sahip olup olmadığı tespit edilmelidir⁹⁰⁴. Haberleşme hürriyetine iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurmak suretiyle müdahalede bulunulabilmesi için daha üstün değerdeki bir hukuki yararın bulunması aranmalıdır.

Mahkemeye göre demokratik toplumda sözleşmenin 8. maddesinde yer alan haklara müdahale edilmesi müdahalenin orantılı olmasını gerektirir⁹⁰⁵. Kavram iki farklı menfaat arasındaki dengeyi; ulaşılmak istenilen meşru amaçla, bu amaca ulaşmak için kullanılan araç arasındaki orantılılığı, ölçülülüğü veya sınırlama ile elde edilecek genel yarar ile sınırlamanın neden olduğu bireysel zarar arasındaki denge ve orantıyı ifade etmektedir. Kısaca mahkeme hak ve özgürlüğe müdahaleyle sınırlama getiren tedbirde ölçüye önem vermektedir⁹⁰⁶. Bu ilke sözleşmenin çeşitli maddelerinde de çeşitli şekillerde ifade edilmektedir. Örneğin; sözleşmenin 2. maddesinde yaşam hakkına müdahale bakımından kuvvette mutlak gereklilik bulunması gerektiği ifade edilmektedir. Sözleşmenin 8. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca da bu maddedeki hakların kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesinin ancak demokratik

⁹⁰¹ Oranlilik ilkesinin bir hakka müdahalede, müdahalenin hakka en az zarar verecek şekilde yapılmış olmasını gerektirdiği hakkında bkz. Kaya, Abdülkadir, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İletişimin Dinlenmesi ve Teknik İzleme, Yargı Dünyası, S.129, s.15.

⁹⁰² Gören, Zafer, Temel Hak Teorisi, Ankara 1995, no.134.; Ölçülülük ilkesinin ne anlama geldiği Kanada Yüksek Mahkemesinin bir içtihatında (1986 tarihli R.V. Oakes Kararı) şu şekilde ifade edilmektedir; “Belirlenen amacı gerçekleştirmek üzere alınan önlemler dikkatlice tasarlanmalıdır. Önlemler keyfi ve haksız olmamalı, ilgisiz düşüncelere dayanmamalıdır. Kısacası önlemler ile ulaşılmak istenen amaç arasında mantıksal bir bağ kurulmalıdır. Kullanılan araçlar ile ulaşılmak istenen amaç arasında mantıksal bir bağ kurulsa bile, araçlar tartışma konusu olan hak ve özgürlüğe mümkün olduğunca az zarar vermelidir. Bir hak ve özgürlüğü sınırlandıran önlemlerin etkisi ile, bu önlemlerin yöneldiği ve yeterince önemli kabul edilen amaç arasında bir orantı bulunmalıdır. Bkz. Uygun, Oktay, Kanada Yüksek Mahkemesi Kararlarında Ölçülülük İlkesi, Edip F. Çelik’e Armağan, İstanbul 1995, s.393, 394.

⁹⁰³ Kil Kelly, Özel Hayat, s.33.

⁹⁰⁴ Erdem, Gizli Soruşturma, s.219.

⁹⁰⁵ Ruiz, Privacy in Telecommunications, s.189

⁹⁰⁶ Gözübüyük/Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, s.145.; Bkz. Fayed/İngiltere, 21.09.1994, pg. 71.

bir toplumda gerekli olan ölçüde olacağı düzenlenmiştir. Kısaca devlet bir tedbire başvururken mahkemenin ifadesiyle adil bir denge sağlamaya gayret edecektir. Mahkeme adil dengenin sağlanmasına ilişkin değerlendirmesinde müdahale ile korunmaya çalışılan hak, müdahalenin şiddeti ve devletin yerine getirmeye çalıştığı acil toplumsal ihtiyacı dikkate almaktadır⁹⁰⁷. Ayrıca bu ilke sözleşmede açıkça öngörölmüş bulunan haller dışında, tüm sözleşme hükümlerinin uygulanmasında egemen bir ilkedir⁹⁰⁸. Ölçölölük ilkesi sözleşme ile bireylerin güvence altına alınmış haklarına müdahalede mahkemeye devletlerin takdir yetkilerini denetleme olanağı sağlayıcı niteliktedir. Bu ilkenin gereğı olarak müdahalenin ağırlığı ile müdahale ile ulaşılan neticenin değeri arasında bir ölçölölük bulunup bulunmadığı ve müdahaleden vazgeçilmesinin gerekli olup olmadığı hususları irdelenmeli, müdahalenin ağırlığı ile müdahaleyi meşrulaştıran nedenlerin önemi ve zorunluluğı arasında yapılacak genel bir mukayesede katlanılabilirlik sınırlarının korunup korunmadığı dikkate alınmalıdır⁹⁰⁹.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinin haberleşme özgürlüğüne ağır müdahale oluşturması nedeniyle, bu tedbir bakımından oranlılık ilkesinin somut bir görünümü olarak ikinci derecede uygulanabilirlik koşuluna yer verilmektedir. Bu koşul, aynı amaca hizmet eden iki tedbir arasında öncelik-sonralık ilişkisini ifade eder. Aynı suçu aydınlatmak üzere başvurulabilecek birden fazla tedbir arasında bir karşılaştırma yapılmasını, bunlardan en ılımlısı hangisi ise onun seçilmesini gerektirir. Nitekim adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin olarak CMK'nun 135. maddesinde bu tedbire başvurmak için, başka suretle delil elde edilmesi olanağının bulunmaması koşuluna yer verilmek suretiyle tedbirin diğer tedbirlere göre ikincil nitelikte olduğu vurgulanmak istenmiştir⁹¹⁰.

Mahkeme İngiltere'ye karşı Pretty kararında oranlılık kavramını özgürlüğe yapılan müdahalenin kapsamı ile bağdaştırmıştır. Karara esas olan başvuruda başvuru intihara yardımın tümünden yasaklanmasının orantısız olduğunu iddia etmiştir. Hükümet ise; özel durumlarda esneklik olduğunu, bunun için DPP'nin özel iznine gerek duyulduğunu ve 1981-1992 yılları arasında 22 intihara yardım olayından sadece birinde cinayete hükmedildiğini, diğerlerinde daha az ceza verildiğini belirtmiştir. Mahkeme, DPP'nin başvuru kişinin eşinin intihara yardım etmesi halinde önceden sorumlu olmayacağı istemine ilişkin red kararında

⁹⁰⁷ Kilkelly, Özel Hayat, s.33.

⁹⁰⁸ Gözölölük/Gölölük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, s. 146.

⁹⁰⁹ Metin, Ölölölük İlkesi, s.37, 38.

⁹¹⁰ Erdem, Telekomünikasyon, s.4.; Erdem, İletişimin Denetlenmesi, s.100.

orantısızlık olmadığı ve müdahalenin demokratik toplumda gerekli olduğuna karar vermiştir⁹¹¹. Mahkeme Almanya'ya karşı Klass kararında da temel özgürlüklerin bir yandan etkin bir siyasal demokrasi, diğer yandan ortak bir anlayış ve taraf devletlerin dayandıkları insan haklarının yerine getirilmesiyle korunabileceğini ifade ettikten sonra, bunun sözleşmenin 8. maddesi bakımından anlamının birinci fıkrada ifade edilen hakkın birey tarafından kullanılması ile ikinci fıkraya göre demokratik bir toplumun korunması için gizli dinlemeye duyulan ihtiyaç arasında denge aranması olduğunu belirtmiştir⁹¹². Mahkemenin kararlarında oranlılık ilkesini demokratik toplum için gereklilik kriteri kapsamında ele alması dikkati çekmektedir.

Adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin düzenlendiği CMK'nun 135 ve devamı hükümlerinde ölçülülük ilkesini karşılar nitelikte, mahkemenin aradığı kriterlere uygun bir düzenlemeye yer verildiği görülmektedir. Gerçekten CMK'nun 135. maddesinde tedbire başvurulması için gerekli şartlar arasında “başka suretle delil elde etme imkanının bulunmaması” durumunda tedbire başvurulabileceği düzenlenmiştir. Tedbirin ikincil niteliğine yer verilmesi ölçülülük ilkesi ile uyumludur. Diğer yandan tedbire başvurulabilecek katalog suçların belirli ağırlıkta suçlar olması, tedbirin süreyle sınırlı uygulanabilmesi, tedbire başvurulması için gereken şüphenin kuvvet derecesi de düzenlemenin ölçülülük ilkesi ile uyumlu olduğunu göstermektedir. Düzenlemenin teorik anlamda, haberleşme hürriyetinin sınırlanmasıyla ortaya çıkacak devlet çıkarları ile bireyin haberleşme özgürlüğüne ve özel hayatının gizliliğine ilişkin menfaati arasındaki dengeyi sağlayıcı nitelikte olduğu söylenebilir.

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından ise 5397 sayılı yasada tedbirin ikincil niteliğine yer verilmediği görülmektedir. Diğer yandan 5397 sayılı yasada belirlenen ve önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanabileceği katalog suç tipleri yeterince net olarak belirlenmemiştir. Özellikle 2937 sayılı yasanın yetkiler başlıklı 6. maddesinde önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanabileceği suçların net olarak belirlenmemesi, sınırlarının çizilememesi, suçlar yönünden belirsizlik yaratmakta, düzenleme kanunların açıklığı ve öngörülebilirliği ilkesi yanında ölçülülük ilkesi ile de

⁹¹¹ Case Of Pretty v. United Kingdom, 2346/02, 29.04.2002, pg. 76, 78. <http://cmiskp.echr.coe.int / tkp197 / view. Asp ? item = 1 & portal = hbkm & action = html & highlight = Case %20 %7C %20 Of% 20% 7C% 20 Pretty&sessionid=23689775&skin=hudoc-en> (E.T. 13.03.2009); Ayrıca bkz. Üzeltürk, Özel Hayatın Gizliliği, s.248.

⁹¹² Case of Klass and Others v. Germany, 5029/71, 06.09.1978, pg.59; Bkz. Doğru, İnsan Hakları C.I, s.262, 263.

çelişmektedir. Önleyici kolluk faaliyeti çerçevesinde başvurulacak tedbir için gerekli şüphenin kuvvet derecesine veya somut tehlike haline de yer verilmemesi, ölçülülük ilkesine aykırı olarak tedbire başvurulmasına neden olabileceğinden, getirilen düzenlemelerin mahkemenin ölçülülük ilkesi bakımından aradığı kriterle uyumlu olduğu söylenemez. Bu itibarla hakimlerin önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi kararı verirken veya gecikmesinde sakına bulunan hal kapsamında verilen iletişimin denetlenmesi kararı onaya sunulduğunda, AİHM'nin aradığı çerçevede demokratik bir toplumun korunması için iletişimin denetlenmesi tedbirine duyulan ihtiyaç ile bu tedbirin bireylere getirdiği yükümlülük arasındaki dengeyi gözetip irdelleyerek karar vermeleri gerekir. Kaldı ki; Anayasanın 13. maddesinde 2001 yılında yapılan değişiklikle ölçülülük ilkesine Anayasada açıkça yer verilerek, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının ölçülülük ilkesine aykırı olmayacağı belirtilmiştir⁹¹³. Bu itibarla Anayasanın açık düzenlemesi gereği temel hak ve özgürlüklere sınırlama getiren tüm hakim kararlarında mahkemenin yorumladığı şekilde ölçülülük ilkesinin esas alınması ve kararların gerekçesinde demokratik toplum için gereklilik kriterinin ve bu kapsamda ölçülülük ilkesinin irdelenmesi gereklidir.

AİHM gibi Anayasa Mahkemesi de temel hak ve özgürlüklere sınırlama getiren yasaları denetlerken ölçülülük ilkesini doğrudan ölçü norm olarak kullanmaktadır. Anayasa Mahkemesi temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalarda, Anayasanın 13. maddesinin ikinci fıkrasındaki demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkesine göre olması gereken durumu PVSK ile ilgili kararında şu şekilde ifade etmiştir; “Klasik demokrasiler temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Kişinin sahip olduğu dokunulmaz, vazgeçilmez, devredilmez, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup tümüyle kullanılmaz hale getiren sınırlamalar, demokratik toplum düzeni ile uyum içinde sayılmaz. Getirilen sınırlamanın Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan Cumhuriyetin temel niteliklerine de uygun olması gerekir. Bu anlayış içinde özgürlüklerin yalnızca ne ölçüde kısıtlandığı değil, kısıtlamanın koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanunyolları, hep demokratik toplum düzeni kavramı içerisinde değerlendirilmelidir. Demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun, özgürlük kısıtlamalarının bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını ortadan kaldıracak düzeye varılmamasıdır”⁹¹⁴. Anayasa Mahkemesi kararında açıkça ifade edilmese de, ölçülülük ilkesinin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasındaki

⁹¹³ Bkz. 17.10.2001 T. ve 24556 sayılı R.G.'de yayınlanan, 03.10.2001 T. ve 4709 sayılı kanun m.2.

⁹¹⁴ Ay. Mah. 26.11.1986 T, 1985/8 E. ve 1986/27 K. sayılı kararı, AMKD., S.22, s.365, 366.

önemi üzerinde durulmuştur. AİHM kararları ile Anayasa Mahkemesi kararlarında dikkati çeken önemli bir benzerlik de demokratik toplum için gereklilik kriterinin ölçülülük kriteri ile birlikte ele alınması, bağlantılı olarak irdelenmesidir. Anayasa Mahkemesi daha sonra verdiği bir kararında da ölçülülük ilkesini ölçü norm olarak kullanmıştır. Mahkeme kararında 3713 sayılı Terörle Mücadele Yasasına ek 2. madde ile eklenen; “Terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlarda ‘teslim ol’ emrine itaat edilmeyerek silah kullanmaya teşebbüs edilmesi halinde kolluk kuvveti görevlileri, failleri etkisiz kılmak amacıyla doğruca ve duraksamadan hedefe karşı silah kullanmaya yetkilidirler” hükmüne ilişkin olarak, faillerin kullandıkları silahın ateşli silah olup olmadığına bakılmaksızın ve başka türlü etkisiz hale getirme olanağı gözetilmeksizin, aslında küçük bir müdahale ile önlenilecek olaylarda dahi görevlilere ateşli silah kullanma yetkisi verildiği için hükmün yaşama hakkının zedelenmesi sonucunu doğurabileceği ve bu durumun da hakka ölçüsüz bir müdahale anlamına geleceğini belirterek hükmün iptaline karar vermiştir⁹¹⁵.

6. Müdahaleyi Haklı Göstermek İçin Ulusal Makamlar Tarafından Gösterilen Gerekçenin Uygun ve Elverişli Olması

Bu aşamada mahkeme üye devletlerin müdahaleyi haklı kılmak ve toplumsal ihtiyaç baskısını göstermek için ileri sürdüğü gerekçenin sözleşmenin 8/II. maddesine uygun ve elverişli olup olmadığı taktir edilmektedir⁹¹⁶. Mahkeme İngiltere’ye karşı Peck davasında kapalı devre televizyonla izlenen caddede intihara teşebbüs eden başvurunun görüntülerinin maskelenmeksizin basında ve televizyonlarda yer almasını özel hayatın gizliliğine saygı hakkına müdahale olarak nitelendirmiştir. Hükümet ise kapalı devre televizyon sistemleri ile elde edilen verilerin açıklanmasının gerekliliğini değerlendirmiştir. Mahkeme olayda yerel otoritenin üç tedbir alabileceği üzerinde durmuştur. Birinci tedbirin başvurunun izni alınarak alenileştirme yapılması olduğu belirtilmiştir. İkinci tedbirin; yerel otoritenin görüntüyü maskeleyebileceği, üçüncü olarak da yerel otoritenin görüntüyü maskeleyebilmek için azami çaba gösterebileceği üzerinde durulmuştur. Mahkeme bu durumda yazılı olurun

⁹¹⁵ Ay. Mah. 06.01.1999 T., 1996/68E. ve 1999/1 K. sayılı kararı(19.01.2001 T. ve 24292 sayılı R.G.); İptal kararı doğrultusunda 3713 sayılı Terörle Mücadele Yasasının ek 2. maddesinde 26.09.2006 tarih ve 5532 sayılı yasanın 16. maddesi ile; “Terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlarda “teslim ol” emrine itaat edilmemesi veya silah kullanmaya teşebbüs edilmesi halinde kolluk görevlileri, tehlikeyi etkisiz kılacak ölçü ve orantıda, doğrudan ve duraksamadan hedefe karşı silah kullanmaya yetkilidirler”. hükmüne yer verilmiştir. Böylelikle düzenleme Anayasa Mahkemesinin iptal kararı doğrultusunda ölçülülük ilkesi ile uyumlu hale gelmiştir.

⁹¹⁶ Üzeltürk, Özel Hayatın Gizliliği, s.249.

sözlü talepten daha uygun olduğunu belirterek görüntünün alenileştirilmesi gerekliliğinin uygun ve elverişli olmadığından sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir⁹¹⁷.

Esasen müdahalenin elverişliliği ve gerekliliği orantılılık ilkesi ile birlikte ölçülülük ilkesinin alt bölümlerini oluşturmaktadır⁹¹⁸. Gereklilik ilkesi güdülen amaca ulaşmaya aynı derecede elverişli birçok araç arasından, temel haklara en az müdahalede bulunan araçla ulaşmayı ve onu kullanmayı ifade eder. Bu ilke doğrultusunda bireylere ve kamuya, uygun araçlar arasından en az zarar verecek olanın seçilmesi gerekir. Daha az sınırlayıcı müdahale ile aynı veya daha iyi bir sonuç alınabilecek ise bu halde kullanılan araç gereklidir. Elverişlilik ilkesi ise; alınan tedbirle istenilen neticeye ulaşılabilmesini, yani tedbirin ulaşmak istenen amaç için uygun olmasını ifade eder. Alınan bir tedbir sayesinde istenilen neticeye yaklaşılabiliyorsa araç elverişli, buna karşılık araç amaca ulaştırmayı zorlaştırıyor yada amaca erişme bakımından hiçbir etki göstermiyorsa elverişsizdir⁹¹⁹. Gereklilik ilkesi amaca ulaşmak için etkili olabilecek tedbirlerden en hafif olanının tercih edilmesini, neticeye ulaşmayı sağlayabilecek daha hafif bir tedbir denenmeden ağır bir tedbire başvurulmamasını gerektirir. Diğer yandan bir araç yardımıyla tehdit altındaki hukuksal değer etkili olarak korunabiliyorsa başvurulmuş tedbirin elverişli olduğu kabul edilir. Bu da kolluk görevlilerinin başka türlü bilgi edinme olanakları bulunup bulunmadığının irdelenmesi ile olur. Bu itibarla tedbirin elverişliliğine ilişkin değerlendirme varsayıma dayalı bir zorunluluğu getirmektedir⁹²⁰.

AİHM’ne yapılan başvuru üzerine taraf devletin haklı görülebilmesi için devletin getirmiş olduğu sınırlamanın gerekli olduğunu yeterli delillerle kanıtlaması gerekir. Aksi halde mahkeme gereklilik ilkesi ile bağlantılı olarak ölçülülük ilkesine aykırı davranıldığına

⁹¹⁷ Case Of Peck v. United Kingdom, 44647/98, 28.01.2003, pg.80, [\(http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=44647&sessionid=23689775&skin=hudoc-en\)](http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=44647&sessionid=23689775&skin=hudoc-en). (E.T.13.01.2009).

⁹¹⁸ Kabaoğlu, Özgürlükler, s.186, 187.; Anayasa Mahkemesi elverişlilik ve gereklilik ilkelerini ölçülülük ilkesinin alt unsurları olarak ele almaktadır. Mahkeme bu unsurları şu şekilde ortaya koymaktadır; “İtiraz konusu kuralı, amaç ve sınırlama orantısının korunmasıyla ilgili ölçülülük temel ilkesinin ve alt ilkeleri olan yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını saptamaya yönelik elverişlilik, sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma bakımından zorunlu olup olmadığını arayan ‘zorunluluk-gereklilik’ ayrıca amaç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yükümlülük getirip getirmediğini belirleyen ‘oranlılık’ ilkeleriyle çatışan bir sınırlama sayılan görüşler bu nedenlerle yerinde bulunmamıştır” Görüldüğü üzere mahkeme kararında ölçülülük ilkesi ve bu ilkenin alt ilkeleri olarak da elverişlilik ve gereklilik ilkelerini ele almıştır. Ay, Mah. 23.06.1989 T., 1988/50 E., 1989/27 K. sayılı Kararı (04.10.1989 T. ve 20302 sayılı R.G).

⁹¹⁹ Metin, Ölçülülük İlkesi, 26, 30.

⁹²⁰ Erdem, Gizli Soruşturma Tedbirleri, s.191.

karar vermektedir⁹²¹. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İngiltere'ye karşı Observer kararı elverişlilik ve gereklilik kriterlerinin ortaya konulması bakımından önemli bir karardır. Mahkeme kararında İngiliz güvenlik servisi eski üyesinin yazdığı ve servisin çalışma tarzı, yöntemi ve üyelerini açıklayan kitabın bazı bölümlerinin bir gazetede yayınlanmasını engelleyici geçici tedbir kararının sözleşmeye uygunluğunu denetlemiştir. Hükümet savunmasında, servisin üçüncü kişilere karşı gizli olması gerektiğini, önceden bu kurumda çalışan ancak halen yetkili olmayan bir kişinin hatıralarının yayınlanmasının tasvip edilemeyeceğini belirterek yapılan engellemenin ulusal güvenlik çıkarları için zorunlu olduğu üzerinde durmuştur. Ancak mahkeme kitabın daha önce ABD'de basılmış olduğunu, yurt dışında bulunan İngilizlerin bu kitabı tedarik edip ülkeye sokmaları konusunda hükümetin hiçbir yasaklama koymadığını, söz konusu yargısal geçici tedbir kararının demokratik bir toplumda gerekli olmadığını belirtmiştir. Burada mahkeme ulusal güvenliği koruma gerekçesi ile İngiliz hükümetinin almış olduğu tedbiri, hükümetin bir başka noktadaki hareketinden dolayı gereksiz kabul etmiştir. Mahkemenin yorumuna göre; eğer davaya konu yayını engelleme ulusal güvenlik açısından gerekli ise, o zaman bunun gibi bilgilerin yer aldığı kitabın ülkeye sokulması da yasaklanmalıdır. Aksi taktirde sorun ulusal güvenliğin korunması ile ilgili kabul edilemez. Bu nedenle hükümetin yapılacak yayın konusundaki geçici tedbir kararının zorunlu olduğu da kabul edilemez⁹²².

AİHM'nin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında aradığı gereklilik ve elverişlilik kriterleri doğrultusunda adli ve önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin düzenlendiği 5271 ve 5397 sayılı yasa hükümleri ele alındığında; adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin düzenlendiği 5271 sayılı CMK'nun 135. maddesinde yer alan katalog suçların ağırlığı, bu suçların ve faillerinin ortaya çıkarılmasındaki güçlük karşısında tedbirin amacına ulaşmaya elverişli olduğu, yasanın mahkemenin değerlendirdiği elverişlilik kriterlerini teorik anlamda karşıladığı görülmektedir. 5397 sayılı yasa bakımından da iletişimin denetlenmesi tedbiri sayesinde çok sayıda ve önemli suçun önlenmesi mümkün olduğundan tedbirin sınırlama ile amaçlanan neticenin elde edilmesine ve belli ağırlıktaki suçların önlenmesine elverişli olduğu ve düzenlemenin bu yönüyle mahkemenin aradığı elverişlilik kriterini teorik anlamda karşıladığı söylenebilir. Gereklilik kriteri bakımından ise;

⁹²¹ D.J. Haris/M.O. Boyle/C. Warbrick, Law of The European Convention on Human Rights, London 1995, s.301.

⁹²² Case Of Observer and Guardian v. United Kingdom, 16.11.1991, 13585/88, pg. 66-70; <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Case%20%7C%20OF%20%7C%20Observer%20%7C%20Guardian&sessionid=23689775&skin=hudoc-en>. (E.T.13.01.2009). Karar tahlili için bkz. Loucaides, 194, 195.

adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından CMK'nun 135. maddesinde; "başka suretle delil elde edilmesi imkanın bulunması durumunda" adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabileceğine yer verilip tedbirin ikincil niteliği açıkça ortaya konduğundan düzenlemenin teorik anlamda mahkemenin aradığı gereklilik kriterini karşıladığı söylenebilir. 5397 sayılı yasada ise tedbirin ikincil niteliğine yer verilmemiştir. Tedbire başvurmakla getirilen sınırlama sonucu elde edilmesi amaçlanan neticenin, temel hak ve özgürlüklere daha az sınırlama getiren, daha hafif tedbirlerle de elde edilmesi mümkün olduğu hallerde önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmasını engelleyen bir düzenleme bulunmamaktadır. Şu halde; başka tedbirlerle işlenmesi önlenebilecek suçların önlenmesi amacıyla önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilecektir. Bu nedenle mevcut düzenleme karşısında uygulamada kolluğun başka tedbirlere başvurmadan ve diğer tedbirlerin daha etkin olup olmayacağını değerlendirmeden kolaylıkla önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine karar verilmesi istemi ile hakime başvurabilmesi mümkündür. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine yer verilen düzenlemede tedbirin son çare olması prensibine yer verilmediğinden, kanun metni mahkemenin aradığı gereklilik kriterini karşılamaktan uzaktır. Uygulamada salt bu düzenlemeye dayalı olarak gereklilik kriterinin aranmadığı sonucuna varılabilir. Bu nedenle gereklilik kriterinin uygulayıcılar tarafından her kararda ele alınıp irdelenmesi, daha hafif tedbirlerle zararlı neticenin önlenemeyeceğinin açıkça ortaya konup kararın gerekçesinde tartışılması ve bu sayede yasadaki eksiklik dikkate alınarak mahkeme kriterleri ve ölçülülük ilkesi ile uyumlu iletişimin denetlenmesi kararları verilmesi gereklidir.

SONUÇ

Günümüzde kişilerin özel yaşam alanlarının git gide daraldığı görülmektedir. Özel hayata müdahaleler özellikle mekanik ve elektronik gelişmeler karşısında artmaktadır. Vicdani delil sisteminin geçerli olduğu ceza muhakemesinde, vicdani kanaati oluşturan delillerin delil serbestisi ilkesi doğrultusunda özgürce, ancak usulüne uygun şekilde araştırılması gerekir. Ceza adaletinde de toplumsal yararlılık üzerinde durularak ceza adaleti insancıl kılınmalıdır. Bunun için öncelikle şüpheli, sanık ve hükümlünün obje olarak değil, insan olarak görülmesi gerekir.

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbiri başta özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyeti olmak üzere birçok temel hak ve özgürlüğe sınırlamalar getirmektedir. 1982 Anayasasında temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırını çizen Anayasanın 13. maddesi ile Haberleşme Hürriyetini düzenleyen Anayasanın 22. maddesi iletişimin denetlenmesi tedbirinin Anayasal dayanağını, sınırlarını ve şartlarını belirlemekte ve haberleşme hürriyetinin güvencesini oluşturmaktadır. Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulurken insan hakları ihlalleri yaratmamak ve hukuk devleti ilkesini zedelememek için öncelikle Anayasa, AİHS ve kanunlarda öngörülen esaslara uyularak iletişimin denetlenmesi faaliyeti icra edilmelidir.

Toplumun tehlikelerden korunması için başvurulacak tedbirlerden bir kısmı suç öncesi suçu veya tehlikeyi önlemeye hizmet eden önleyici tedbirlerdir. Bir kısmı ise; suç işlendikten sonra şüphe sebeplerinin aranması ve elde edilmesine yönelik, iyi bir muhakeme yapmanın şartlarının hazırlanması için uygulanan koruma tedbirleridir. Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbiri gerek suç öncesinde kolluğun önleme yetkileri, gerekse suç sonrasında adli yetkiler çerçevesinde gündeme gelebilir. Araya bir vasıta sokulmak suretiyle gerçekleştirilen her türlü iletişimin dinlenmesi, gerektiğinde kayda alınması ve tespiti anlamına gelen telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirinin suç işlenmesinin önlenmesi ve işlenmiş suçlarla mücadele edilmesi gibi önemli fonksiyonları olduğu düşünüldüğünde adli ve önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi ayrımının oluşturulması konunun anlaşılabilirliğini kolaylaştıracaktır.

Hukuk sistemimizde de önleme (istihbari) amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri ile adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin bazı güçlükler bulunmasına rağmen birbirinden açıkça ayrılarak uygulandığı görülmektedir. Adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine 5271 sayılı CMK hükümlerine göre; önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine ise 5397 sayılı yasayla 2259 sayılı PYSK'nun ek 7, 2803 sayılı JTGYSK'nun ek 5 ve 2937 sayılı yasanın 6. maddesinde yapılan değişikliklerle eklenen düzenlemelere göre başvurulmaktadır.

Amacı maddi gerçeği ortaya çıkarmak olan ceza muhakemesinde muhakemenin yapılabilmesi açısından sanığın veya şüphelinin hazır bulunmasını, delillerin karartılmamasını, hükmün yerine getirilmesini sağlamaya yönelik, zaman zaman süjelere ve eşyalara zor kullanılmasını gerekli kılan koruma tedbirlerine başvurulması gerekmektedir. Ceza muhakemesi araçları arasında yer alan bu tedbirler daima bir veya daha fazla temel hakka dokunmaktadır ve sınırlama getirmektedirler. Kişilerin özel hayatlarına ve haberleşme hürriyetlerine sınırlama getiren telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirine adli amaçlı başvurulduğunda bu tedbirler arasında yer almaktadır. 5271 sayılı CMK'nun 135 ve devamı maddelerinde adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. CMK'nda iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması, "bir suç dolayısıyla" ceza soruşturması yapılması koşuluna bağlı tutulduğu için, ceza muhakemesi hukuku açısından bu yetkinin, delil elde etmek amacıyla halen işlenmiş olan bir suçun soruşturmasıyla sınırlı olduğu söylenebilir. Bu itibarla koruma tedbiri niteliğindeki telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması için öncelikli olarak bir suçun işlenmesi gereklidir. Diğer yandan temel hak ve özgürlükleri sınırlayan diğer koruma tedbirlerinde olduğu gibi telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından da bazı ön şartların bulunması gereklidir. Bunlar; tedbirin kanunla düzenlenmesi, gecikmede tehlike bulunması, orantılılık (dar anlamda ölçülülük) ve belli yoğunluğa ulaşmış şüphenin bulunmasıdır.

CMK'nun "iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması" başlıklı 135. maddesinde esasen amaç bakımından iki farklı tedbir düzenlenmiştir. Bu tedbirlerden birincisi şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirdiği iletişiminin tespit edilmesi, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesidir. Madde içeriğinde yer alan diğer tedbir ise; şüpheli veya sanığın kullanmakta olduğu mobil telefonun yerinin tespitidir. Bir suç dolayısıyla başvuru olan bu tedbirlerden birincisinde amaç delil elde etmek iken; ikincisinde şüpheli ve sanığın yerinin belirlenerek yakalanabilmesidir. Mobil telefonun

yerinin tespiti tedbirine ilişkin düzenleme getiren CMK'nun 135/4 hükmünde 5353 sayılı yasanın 17. maddesi ile yapılan değişiklikle; “kullanmakta olduğu” ibaresi madde metninden çıkarılarak, şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için mobil telefonun yerinin kural olarak hakim kararı ile tespit edilebileceği öngörülmüştür⁹¹⁷. Böylelikle şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi amacıyla sadece şüpheli veya sanığa ait mobil telefonların değil, şüpheli veya sanığın yakalanması bakımından yararlı olabilecek üçüncü kişilerin mobil telefonlarının yerinin tespitine imkan tanınmıştır. Bu noktada atipik olan husus koruma tedbiri niteliği taşıyan mobil telefonun yerinin tespiti tedbirinin diğer koruma tedbirlerinden farklı olarak üçüncü kişilere yönelik uygulanabilmesidir. Esasen iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve tespiti tedbirlerinde de zorunlu olarak şüpheli veya sanıkla iletişime giren kişilerin de iletişimi denetlenmektedir. Ancak bu tedbir kararlarının üçüncü kişi hakkında verilmesi mümkün değildir. Mobil telefonun yerinin tespiti tedbirine ise; bir suçu işleme, suça iştirak veya yataklık etme şüphesi altında bulunmayan kişilere yönelik olarak da başvurulması mevcut düzenleme karşısında mümkündür. 5353 sayılı yasanın gerekçesinde de madde metninde yapılan değişikliğe ilişkin olarak; CMK'nun 135. maddesinin dördüncü fıkrasındaki “kullanmakta olduğu” ve “kullanılan” kelimelerinin madde metninden çıkarılarak, şüpheli ve sanığa ulaşılabilmesini sağlayabilecek olan diğer kişilerin mobil telefonlarının yerinin tespiti imkanı getirildiği ifade edilmiştir⁹¹⁸. Bunun dışında üçüncü kişiye ait olup, fiilen şüpheli veya sanık tarafından kullanılmakta olan mobil telefonlar bakımından mobil telefonun yerinin tespiti tedbirine başvurulabileceği hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Mobil telefonun yerinin tespiti tedbirinin, delil elde etmeye yönelik olan ve CMK'nun 135/1 hükmünde öngörülen iletişimin denetlenmesi tedbirlerinden amacı bakımından farklı olması ve ayrı bir koruma tedbiri niteliği taşıması nedeniyle ayrı bir başlık altında düzenlenmesi ve bu tedbire yakalama tedbirinin düzenlendiği CMK'nun “koruma tedbirleri” başlıklı dördüncü kısmının birinci bölümünde yer verilmesi, tedbirin amacı ve şartları ve da dikkate alındığında daha olumlu olacaktır. Diğer yandan mevcut düzenlemeye göre sadece şüpheli veya sanığın soruşturma veya yargılama makamlarının huzuruna getirilebilmesi amacıyla mobil telefonun yerinin tespiti tedbirine başvurulabilmektedir. Hakkında kesinleşmiş mahkumiyet hükmü bulunan hükümlünün cezasının infazı için yakalanması amacıyla mobil telefonun yerinin tespiti tedbirine başvurulması ise mevcut düzenleme karşısında mümkün değildir. Hakkında beraat hükmü verilme ihtimali bulunan şüpheli veya sanığın yakalanması amacıyla mobil

⁹¹⁷ 25.05.2005 T. ve 5353 sayılı yasanın 17. maddesi ile CMK'nun 135/4 hükmünde değişiklik yapılmadan önce; şüpheli veya sanığın “kullanmakta olduğu” ibaresine yer verildiği için sadece şüpheli veya sanığın kullanmakta olduğu mobil telefonun yerinin tespiti mümkündür.

⁹¹⁸ Bkz. Noyan, Ceza Muhakemesi, s.302.

telefonun yerinin tespiti tedbirine başvurulmasına olanak tanınmış iken; hakkında kesinleşmiş mahkumiyet hükmü bulunan hükümlü hakkındaki cezanın infazı için mobil telefonun yerinin tespiti tedbirine başvurulmasına olanak tanınmaması önemli bir eksikliktir. Bu nedenle mobil telefonun yerinin tespiti tedbirine yönelik düzenlemenin cezanın infazı için hükümlünün iletişiminin denetlenmesine de olanak tanınacak şekilde değiştirilmesi gereklidir.

CMK'nun 135. maddesinde dikkat çeken diğer bir husus ise bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma kapsamında, başka surette failin belirlenememesi veya delil elde etme olanağının bulunmaması halinde maddenin uygulanmasının mümkün oluşudur. Düzenleme bu özelliği ile yedek bir norm niteliği taşımaktadır. Şüphelilere, sanıklara ve delillere başka yollarla ulaşılması imkanı bulunduğu taktirde bu madde hükmü uygulanamaz.

Teknoloji ve iletişim alanındaki gelişmeler özellikle terör ve organize suç örgütleriyle mücadelede önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. İleriye dönük özellik taşıyan önleyici kolluk faaliyeti kapsamında iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmakla amaçlanan suç işlenmesi tehlikesini önlemek ve gelecekte doğabilecek tehlikeleri yaratan sebepleri ortadan kaldırmaktır. Anayasanın haberleşme hürriyetini güvence altına alan ve sınırlanmasının şartlarını düzenleyen 22. maddesi ile temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğini hükme bağlayan 13. maddesi karşısında, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin usul ve esaslarının düzenlendiği açık bir kanun hükmü bulunmaması nedeniyle önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmasına imkan veren yasal bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmuştur. Bu doğrultuda 2559, 2803 ve 2937 sayılı kanunlara ek hükümler getiren 5397 sayılı “Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” 03.07.2005 tarihinde kabul edilip, 23.07.2005 tarih ve 25884 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Hukukumuzda önleyici kolluk faaliyeti kapsamında başvurulmuş önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin dayanağını oluşturan 5397 sayılı yasa Anayasa, AİHS ve AİHM içtihatlarında ifadesini bulan esas ve standartlara uyulması suretiyle, istihbarat ihtiyacını karşılamak için getirilmiş sistemi, sistemin işlemlerini, bu hususta hukuka uygun işlemlerin ne surette gerçekleştirileceğini, kararların hangi makamlar tarafından ve ne gibi koşullara uyulması suretiyle alınabileceğini, bu husustaki denetim kurallarını ve usullerini, istihbarat ihtiyaçlarının milletlerarası hak bildirileri ve Anayasanın güvencelerine uygun olarak nasıl giderileceğini göstermek amacıyla çıkarılmıştır. Ancak 5397 sayılı yasa ile önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin olarak getirilen düzenlemeler; adli amaçlı iletişimin

denetlenmesi tedbirinde aranması gereken soruşturmanın başlaması, suçun işlendiğine dair kuvvetli şüphenin bulunması, başka suretle delil elde edilememesi gibi kriterleri içermemesi, hakimnin hangi ölçütlere göre önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine karar vereceğinin belirsizliği, ortada işlenmiş ağır bir suç söz konusu olduğunda başvurulmuş adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından sıkı şartlar öngörülmüş iken; henüz işlenmiş bir suç bulunmadığı aşamada kolaylıkla önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmasına imkan tanınması nedeniyle eleştiriye açıktır.

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulurken herhangi bir şüphe derecesi yada somut tehlike hali aranmamış iken; adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin düzenleme getiren CMK'nun 135/1 hükmünde “kuvvetli şüphe sebeplerinin” varlığı aranmıştır. Kanımızca kanunda ifade edilen “kuvvetli şüphe sebepleri” teriminden, basit başlangıç şüphesinden daha yoğun ama yeterli veya kuvvetli şüphe derecesine ulaşılması zorunluluğunu gerektirmeyen şüphe derecesinin anlaşılması gerekir. Eldeki delillere göre yapılacak muhakeme sonunda sanığın mahkum olma ihtimali, beraat etme ihtimalinden fazla olduğunda yeterli delilden, diğer bir anlatımla yeterli şüpheden söz edilir. CMK'nun 170/2 hükmünde; “soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler” şeklinde düzenleme getirilerek kamu davasının açılması için yeterli şüphenin varlığı aranmıştır. Kuvvetli şüphe ise; genellikle koruma tedbirleri için önşart teşkil eden bir şüphe türüdür. Şüpheli veya sanığın suçun faili yada şeriki olduğunun ve mahkum olması ihtimalinin kuvvetle muhtemel olduğunun anlaşılması halinde kuvvetli şüphe var demektir. Şayet CMK'nun 135/1 hükmünde belirtilen kuvvetli şüphe sebepleri deyişi, yukarıda belirttiğimiz şekilde sanığın mahkum edilmesi konusunda yüksek bir olasılık bulunduğu şeklinde anlaşılırsa; bu koşul devletin ve toplumun suç ile mücadelesi bakımından sahip olduğu menfaatin sağlanmasıyla ve orantılılık ilkesi ile uyumlu olmaz. Diğer yandan tedbir ikincilik ilkesi karşısında gereksiz kalır. Zira; kuvvetli şüphe bulunması, çoğu durumda “başka yolla elde edilmiş” delillerin zaten mevcut olduğu anlamına gelmektedir. Sanık hakkında onun büyük olasılıkla mahkum edilmesini gerektirecek yoğunlukta delile ulaşıldığı taktirde artık iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurma gereği kalmayacağından tedbirin uygulanma kabiliyeti ortadan kalkar ve işlevini yitirir. Ayrıca iletişimin denetlenmesi tedbirini sona erdiren koğuşturmaya yer olmadığı kararı da özellikle suç şüphesinin kamu davası açmak için yeterli olmadığı durumlarda verilmektedir. Bu nedenle iletişimin denetlenmesi tedbirinin henüz yeterli suç şüphesinin oluşmadığı dönemde uygulanması gereklidir. Zira; tedbire ancak yeterli suç şüphesinin

oluşmadığı dönemde karar verilmesi halinde, tedbire başvurulmasına rağmen yeterli şüphenin oluşmadığı gerekçesiyle savcı tarafından koğuşturmaya yer olmadığına karar verilebilir. Bu nedenle telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi kararı verilebilmesi için basit şüphenin üzerinde, yeterli ve kuvvetli şüphenin ise aşağısında bir şüphe derecesinin aranması gereklidir. Basit şüphe ile yeterli şüphe arasında yer alan sebepler ve somut olguların oluşması halinde şüphe şartının gerçekleştiği kabul edilerek, diğer şartlar da oluşmuşsa tedbirin uygulanmasına başvurulabilmelidir. Kanımızca iletişim içeriğinin elde edilmesinin söz konusu olmadığı iletişimin tespiti, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve mobil telefonun yerinin tespiti tedbirleri bakımından iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması tedbirlerine nazaran daha düşük düzeyde bir şüphe derecesinin kabul edilerek mevzuatta bu yönüyle değişikliğe gidilmesi olumlu olacaktır.

CMK'nun 135. maddesinde yer alan “başka surette delil elde edilmesi imkanının bulunmaması” ifadesi diğer soruşturma yöntemlerinin uygulanıp da sonuç alınamaması şeklinde anlamlandırılabilir. Ancak diğer tedbirlerin uygulanıp sonuç elde edilememesi koşuluyla yer verilmesi emek ve zaman kaybına yol açabileceği gibi, soruşturmadan sonuç alınamamasına da neden olabilir. Bu noktada diğer tedbirlere başvurulduğunda sonuç alınamayacağına dair hakimi tatmin edici makul sebeplerin bulunması yeterli görülmelidir. Bu nedenle CMK'nun 135. maddesindeki tereddütlerin giderilmesi için düzenlemede iletişimin denetlenmesi tedbirine, diğer tedbirlerle sonuç elde edilmesinin mümkün olmaması veya sonuç alınmasının önemli ölçüde güç olması ve diğer tedbirlere başvurulduğunda sonuç elde edilemeyeceğine dair makul sebeplere dayalı bir beklentinin mevcut olması şeklinde değişikliğe gidilerek ikincillik ilkesine açıklık getirilmelidir.

CMK'nun 135. maddesinde 5353 sayılı yasanın 17. maddesiyle yapılan değişiklikle, iletişimin denetlenmesi tedbirine “şüpheli veya sanık” hakkında başvurulabileceği açıkça hükme bağlanmıştır. Koğuşturma evresinde iletişimin denetlenmesi tedbirine mahkeme veya hakimin karar vermesi gerekir iken; madde metninde tedbirin sadece hakim kararı ile verilebileceği belirtilmektedir. Kanımızca; iletişimin denetlenmesi tedbiri delil elde etmek amacıyla başvuru olan bir tedbir olduğundan, soruşturma aşamasında yeterli delil elde edilmesi nedeniyle kamu davası açıldıktan ve iddianamenin kabulü kararı ile koğuşturma aşamasına geçildikten sonra bu tedbire başvurulması mümkün değildir. Zira; iletişimin denetlenmesi tedbiri özel ve gizli uygulanan tedbirlerdendir. CMK'nun 135/5 hükmünde de bu tedbire ilişkin işlem ve kararların tedbir süresince gizli tutulacağı belirtilmektedir. Ancak yargılama aşamasında ve duruşmada kural olarak CMK'nun

182. maddesinde ifadesini bulan aleniyet ilkesi geçerlidir. İlgilinin tedbirden haberdar olması halinde tedbirin etkisiz hale geleceği de düşünüldüğünde, söz konusu tedbire sadece soruşturma aşamasında başvurulabileceğinin kabulü gerekir. İletişim içeriklerinin yok edilmesini düzenleyen CMK'nun 137/3 hükmünde de konunun sadece soruşturma evresi bakımından ele alındığı görülmektedir. Ayrıca başka suretle elde edilen delillere dayalı olarak kamu davası açıldığından, ikincilik ilkesi karşısında tedbirin yargılama aşamasında uygulanabilirliği kalmayacağı gibi, yargılama makamlarının soruşturma makamı yerine geçmeleri aynı zamanda sanığın makul sürede yargılanma hakkının ihlal edilmesine de neden olacaktır⁹¹⁹.

CMK'nun 135. maddesinde hakkında iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilecek şüpheli veya sanık dışında suça iştirak, yardım ve yataklık edenler hakkında açık bir düzenleme bulunmadığı görülmektedir. Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerle, başkasını suç işlemeye azmettirmek suretiyle katalog suçlara iştirak edenler, suçun şüphelisi veya sanığı olacakları için bunlarla ilgili olarak adli amaçlı iletişimin denetlenmesi kararı verilebileceği hususunda tereddüt yoktur. Kanımızca TCK'nun 39. maddesi kapsamında yardım eden sıfatıyla suça iştirak edenler bakımından da şartları oluştuğu taktirde iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilmelidir. Bu noktada kanunda asli fail, azmettiren veya yardım eden bakımından ayırma gidilmediği görülmektedir. Zira; kanunda açıkça iletişimin tespiti, dinlenmesi ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbiri bakımından CMK'nun 135/6 hükmünde yer alan katalog suçları işlediğine dair hakkında kuvvetli şüphe sebepleri bulunan şüpheli ve sanıktan söz edilmektedir. Bu suçların şüphelisi ise suçun asli faili veya azmettireni olabileceği gibi, yardım eden olarak suça iştirak eden şüpheli veya sanık da olabilir. Buna karşılık suçun işlenişine herhangi bir şekilde iştirak etmeksizin, icra hareketlerinin tamamlanmasından sonra yardım ve yataklık etme eylemi suça iştirak kapsamında değerlendirilemeyeceğinden ve bu eylem TCK'nun 283. maddesinde düzenlenen suçluyu kayırma suçunu oluşturacağından katalog suçlar arasında yer almayan bu suçun şüphelisi hakkında iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması olanaklı değildir.

Mağdurun rızasına dayalı olarak gerçekleştirilen iletişimin denetlenmesi tedbirinin meşruluğu telefonla yapılan şantaj, tehdit, cinsel taciz suçlarında ve gizli bilgi veren güvenilir kişilerin konuşmalarının dinlenmesinde hukuka uygunluğu sağlamak bakımından önem taşımaktadır. Kanımızca iletişimin taraflarından birinin tek yanlı olarak gösterdiği muvafakat iletişimin denetlenmesi konusunda güvence getiren kanun hükümlerinin bertaraf edilmesi için bir

⁹¹⁹ Aynı yönde; Centel/Zafer, s.287.

gerekçe oluşturmaz. Zira; iletişim tek taraflı değildir ve iletişime katılan tarafların her ikisinin de iletişimin gizliliğine yönelik haklı beklentileri bulunmaktadır. Ayrıca tarafların birbirlerinin temel hak ve özgürlükleri üzerinde tasarruf imkanları bulunmadığından iletişimin taraflarından birinin rızasına dayalı olarak denetlenmesinin kural olarak mümkün olmadığı kabulü gerekir. Mağdurun rızasıyla fakat hakim kararı olmaksızın iletişimin dinlenip, kayda alınması CMK'nun 135. maddesinin bertaraf edilmesi için haklı bir gerekçe oluşturmaz. Zira; hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisini kullanamayacağını düzenleyen Anayasanın 6. maddesi, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığını düzenleyen Anayasanın 11. maddesi, temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasının sınırını çizen ve ancak kanunla sınırlanabileceklerini öngören Anayasanın 13. maddesi ile haberleşme hürriyetinin sınırlandırılmasının şartlarını açıkça düzenleyerek kural olarak hakim kararıyla sınırlanabileceği hükmünü içeren Anayasanın 22. maddesi ve bu Anayasa hükümleri doğrultusunda düzenlenen CMK'nun 135. maddesi karşısında; CMK'nun 135 ve devamı hükümlerinde öngörülen şartlar dışında iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmasında mağdurun rızası, tedbiri hukuka uygun hale getiren bir dayanak oluşturmaz. Bu nedenle tek taraflı rızaya dayalı olarak iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilmesi için kanunun aradığı bütün koşulların gerçekleşmesi aranmalıdır. Kanımızca iletişim araçları vasıtasıyla işlenen ve mağdurun rızasına dayalı olarak iletişimin denetlenmesi tedbire başvurulmasına ihtiyaç duyulan, başka türlü delil elde edilmesinin güç olduğu tehdit, şantaj, cinsel taciz gibi suçların da katalog suçlar kapsamına alınması bu suçlara ilişkin olarak yürütülen soruşturmaların etkinliğini arttıracaktır.

CMK'nun 135. maddesinde şüpheli veya sanığın iletişiminin denetlenebileceği düzenlendiğinden bu düzeleme karşısında mağdurun veya müştekinin iletişiminin adli amaçlı denetlenmesi tedbirine lafzi yoruma gidildiğinde başvurulamaz. Ancak 14.01.2007 tarih ve 26434 sayılı yönetmeliğin 10. maddesinde; adil bir yargılama yapılması için zorunlu olması, müştekinin açık rızasının bulunması ve iletişim aracının kendisine ait olması koşuluyla müştekinin iletişiminin tespitinin Telekomünikasyon İletişim Başkanlığından istenebileceği düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere düzenlemede müştekinin rızasına dayalı olarak iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması bir yandan sıkı şartlara bağlanmış, diğer yandan da iletişim içeriğiyle ilgili olmayan iletişimin tespiti tedbiriyle sınırlı tutulmuştur. Her ne kadar ilgili yönetmelik hükmüyle idarenin yetki sınırı aşılarak, kanunla düzenlenmesi gereken alana ilişkin olarak düzenleme getirilmiş ve bu nedenle yönetmelik hükmünün iptali gerekmekte ise de; belirttiğimiz düzenlemede öngörülen sınırlayıcı şartların keyfiliği önleyici nitelikte olması ve özellikle rızaya dayalı uygulamanın sadece iletişimin tespiti tedbiri ile sınırlı tutulması

nedeniyle getirilen düzenleme içerik itibariyle isabetli olduğundan bu yönetmelik hükmü ile aynı içerikte yasal düzenlemeye gidilmesi olumlu olacaktır.

CMK'nun 135/6 hükmüne 5353 sayılı yasayla eklenen hüküm uyarınca; dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin yetkinin ancak tek tek sayılmak suretiyle gösterilen suçlar bakımından uygulanacağı öngörülmüştür. Buna karşılık iletişimin tespiti tedbiri bakımından bir sınırlandırmaya yer verilmemiştir. Kanımızca bu noktada kaldırılan sınırlama katalog suçlara yönelik olduğundan “iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması” başlıklı CMK'nun 135. maddesinde öngörülen diğer şartlar ve özellikle kural olarak hakim kararına dayalı olarak tedbire başvurulması şüpheli veya sanığın iletişiminin tespiti bakımından geçerliliğini korumaktadır. Mağdur ve müştekinin iletişiminin tespitine ise CMK'nun 160 ve 161. maddelerinde yer alan genel soruşturma yetkisi çerçevesinde başvurulabilir. Yargıtay uygulaması da mağdurun rızası veya talebine dayalı olarak Cumhuriyet Savcısının istemi ile genel soruşturma yetkisi çerçevesinde iletişimin tespiti tedbirine başvurulabileceği yönündedir⁹²⁰.

Üzerinde durulması gereken diğer bir konu da; CMK'nun 135. maddesinde öngörülen sürenin kararın verildiği andan itibaren mi, kararın Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına ulaştığı andan mı, yoksa kararın Telekomünikasyon İletişim Başkanlığında sisteme tanıtıldığı andan mı başlayacağıdır. Kanaatimizce sürenin hakim kararının verildiği andan itibaren işlemeye başlatılması gerekir. Çünkü kanunda öngörülen şartların bulunup bulunmadığı hakim tarafından karar anındaki duruma göre tespit edilmektedir. Bu nedenle hakim tarafından sürenin başlayacağı anının sonraki bir tarihe bırakılmaması, tedbiri uygulayacak makama da sürenin başlangıç anının belirlenmesi imkanının sağlanmaması ve böylelikle keyfiliği önleyici işleyişin tesis edilmesi gerekir. Bu itibarla tedbire ilişkin sürenin hakim tarafından iletişimin denetlenmesi kararı verdiği anda başladığı ve yine kararda belirtilen süre bittiğinde sona erdiği kabul edilmelidir. Bu nedenle telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi kararında karar tarihinin ve tedbirin son bulacağı tarihin saat ve dakika da içerecek şekilde açıkça belirtilmesi tedbirin yargılama aşamasında hukuka uygunluğunun denetimi açısından gereklidir.

⁹²⁰ Yrg. 4. CD.'nin 28.03.2007 T., 2007/1398 E. ve 2007/2879 K.; 20.06.2007 T., 2007/4496E. ve 2007/5905 K. sayılı kararları. (Yayınlanmamış Yargıtay Kararları)

İletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen ses kayıtlarının delil serbestisinin geçerli olduğu ceza muhakemesi hukukunda, hukuk uygun yollarla elde edildiklerinde, bozulma ve sahtelikleri konusunda bir tereddüt bulunmadığı durumlarda ispat aracı olarak kullanılmalarının mümkün olduğu kabul edilmektedir. Kanımızca okuma dışında görülmek ve dinlenmek suretiyle içeriği öğrenilen usulüne uygun olarak doldurulup yine usulüne uygun olarak mahkemeye sunulan bant kayıtlarının belge delili değil, keşif faaliyetinin konusu olan belirti delili olarak kabulü gerekir. Bu bağlamda CMK'nun 214. maddesi uyarınca metin haline getirilen yazıların duruşmada okunması; gerektiğinde de CMK'nun 137/2 hükmü kapsamında kayıtların metin haline getirilmesinde görevlendirilen kişinin tanık olarak dinlenmesi gereklidir. Zira; iletişimin denetlenmesi tedbirinde olay bire bir nesne üzerine aktarılmakta, elde edilen veriler doğrudan delil niteliğine haiz olmaktadır. CMK'nun 214 ve 215. maddelerinde de yazı ve resmi belgelerin okunmasından söz edilmekte, gerekli görüldüğünde ise belge, diğer yazılar veya raporlarda imzası bulunanların açıklamada bulunmak üzere duruşmaya çağırılacakları öngörülmektedir. Bu itibarla iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen verilerin Cumhuriyet savcısınca görevlendirilen kişi tarafından metin haline getirildiği de dikkate alındığında ortada keşif faaliyetinin konusunu oluşturan belirti delili söz konusudur. İletişim içerikleri usulüne uygun doldurulmayıp ve yine usulüne uygun olarak mahkemeye delil olarak sunulmadığı takdirde ise bu kayıtların hiçbir şekilde belirti delili vasfına haiz olmadığı, ancak iz ve emare sayılabileceği kabul edilmelidir. Ayrıca bu tür kayıtlar yan delillerle desteklense de ceza muhakemesinde delil olarak kullanılamazlar.

CMK'nun 135 ve devamı hükümleri kapsamında usulüne uygun olarak doldurulmuş ve muhafaza altına alınmış olsalar dahi ses ve görüntü kayıtlarındaki tespitler tek başlarına mahkumiyet hükmü verilmesine dayanak oluşturmazlar. Bunların başka delillerle de desteklenmeleri gerekir. Yargıtay kararlarında da bant kayıtlarının tek başına delil vasfına haiz olmayacağı düşünülmeden mahkumiyet hükmü kurulamayacağını belirtilmiştir⁹²¹. Anayasa Mahkemesi ise ses kayıtlarının ciddilik kazanabilmesi için başka delillerle desteklenmesi gerektiği üzerinde durmaktadır⁹²².

⁹²¹ Yrg. 9. CD., 05.10.1984 T., 1983/1835 E. ve 1983/2436 K.; YCGK. 04.06.1973 T. 1972/7-228-460 K.; Yrg. 10. CD. 19.07.2007T., 2007/8180E. ve 2007/9522K.; Yrg. 10.CD.'nin 30.04.2007 T., 2006/7698E. ve 2007/4983K. sayılı kararları (yayınlanmamış Yargıtay kararları).

⁹²² Ay. Mah. 19.08.1972 T., 1971/41 E., 1971/67 K sayılı kararı AMKD. S.11, s.82 vd.

Hukuka uygun olarak başvuru iletişimin denetlenmesi tedbirinin sırasında şüpheliden elde edilen suç ikrarına yani mahkeme dışı ikrara dayalı olarak, bu veri yan delillerle desteklenmediği sürece, mahkumiyet hükmü verilmesi mümkün değildir. Esasen haberleşme hürriyetine sürekli müdahale edilmemesi ve olay dışı deliller yerine olaydan sadır olan delillere yer verilmesi için, iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucunda ulaşılan kayıtların yan, destekleyici, yardımcı deliller olarak görülerek bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir. Tedbire sırf şüpheli veya sanıktan mahkeme dışı ikrar elde etmek için değil, suç teşkil eden delillere ulaşabilmek amacıyla ve istisnai olarak başvurulmalıdır.

CMK'nun 137/3 hükmünde Cumhuriyet savcısı tarafından tedbirin uygulanması sırasında kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilmesi halinde, yapılan tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların on günlük süre içerisinde yok edilerek durumun bir tutanakla tespit edilmesi düzenlenmektedir. Bilindiği gibi Cumhuriyet savcılığınca verilen kovuşturmayaya yer olmadığına dair karara karşı suçtan zarar gören, kararın kendisine tebliğinden itibaren onbeş gün içinde CMK'nun 173. maddesine dayalı olarak Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı Ağır Ceza Mahkemesine en yakın Ağır Ceza Mahkemesi Başkanına itiraz edebilir. Bu itibarla kovuşturmayaya yer olmadığı kararının verilmesinden itibaren on günlük yasal süre içerisinde iletişim içeriklerinin yok edilmesini öngören CMK'nun 137/3 hükmünün isabetli bir düzenleme olduğu söylenemez. Zira; kovuşturmayaya yer olmadığına ilişkin karara karşı onbeş günlük itiraz süresi dahi dolmadan iletişim içeriklerinin yok edilmesi durumunda kararın itiraz merciince kaldırıldığı hallerde savcının soruşturmayaya yeniden başlamasını gerektirmektedir. Yeniden soruşturmayaya başlandığında da iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin olarak elde edilen verilerin incelenmesine ihtiyaç duyulacaktır. Ancak veriler CMK'nun 137/3 hükmü uyarınca yok edildiğinden, bu verilerin yetkili Ağır Ceza Mahkemesi Başkanının kovuşturmayaya yer olmadığına dair verilen savcılık kararını kaldırmasından sonraki aşamada değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır. Diğer yandan yasada öngörülen 10 günlük süre iletişim içeriklerinin itiraz merciince değerlendirilmesine de engel oluşturmaktadır. Bu nedenle düzenlemenin yorum farklılıklarına yol açabileceği de nazara alınarak daha açık hale getirilmesi ve kayıtların kovuşturmayaya yer olmadığına dair verilen kararın kesinleşmesinden itibaren en geç on gün içerisinde Cumhuriyet savcısının denetiminde yok edileceği şeklinde değiştirilmesi gerekmektedir.

CMK'nun 137/4 hükmünde tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında “ilgilisine” bilgi verileceği öngörülmekte; ancak kanunda ifadesi bulunan “ilgilisine” teriminin hakkında tedbir uygulanan şüpheli ve sanık dışında, üçüncü kişileri kapsayıp

kapsamadığı açıkça anlaşılamamaktadır. Kanımızca CMK'nun 137/4 hükmünde “ilgililere” değil, “ilgisine” ifadesine yer verildiğinden geri bildirim yükümlülüğünün sadece şüpheli veya sanık için söz konusu olduğu kabul edilmelidir. Şüpheli veya sanıkla iletişim kuran onlarca, hatta yüzlerce kişiye bildirim yapılması, bu kişilerin kimlik bilgilerinin ve adreslerinin belirlenmesi ve tebliğ işlemi yapılması yükümlülüğünü doğurur. Bu ise soruşturmanın ve yargılamanın hızlanmasını engelleyeceği gibi çıkmaza girmesine ve çoğu durumda tedbirin hukuka aykırı hale gelmesine sebebiyet verebilir. Kaldı ki; 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu hükümlerine dayalı olarak da bireylerin tedbire maruz kalıp kalmadıkları yönünde bilgi verilmesini her zaman talep edebilmeleri mümkündür.

İlgilisine bilgi verme yükümlülüğüne ilişkin olarak CMK'nun 137. maddesinde öngörülen onbeş günlük süre soruşturma evresinin bitiminden itibaren başlar. Esasen bilgi verme zorunluluğunun tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi haline ilişkin olarak getirildiği dikkate alındığında; tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların delil olarak kullanılacak olduğu hallerde bilgi verme zorunluluğu olmadığı gibi, soruşturma devam ettiği için de soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebileceğinden ilgililere bildirimde bulunulmaması gerekir. Kanunkoyucu da tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların ortadan kaldırılmayıp muhakemede delil olarak kullanılması durumunda doğal olarak ilgisine konu hakkında bilgi verilmesi zorunluluğunu öngörmemiştir. Ancak bu konuda elde edilen delillerin gizliliğinin sağlanması ve muhafazası konusunda mevcut düzenlemelerin yetersiz olduğu görülmektedir. Niteliği gereği gizli olarak uygulanması gereken tehlike tedbirleri arasında yer alan telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirinin başarısı tedbir sonucu elde edilen delillerin tahrifata uğramamasına, yok edilmemesine, soruşturma ve koğuşturma aşamasında gizliliğin sağlanmasına kısaca sağlıklı bir şekilde muhafaza edilmesine bağlıdır. Bu nedenle gerek soruşturmanın gizliliği ve verilerin güvenilirliğinin sağlanması, gerekse özel hayatın gizliliğine yönelik ihlallerin önüne geçilmesi için telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen verilerin muhafazasına ilişkin ayrıntılı ve yeterli düzenlemeler getirilerek keyfiliği önleyici işleyişin sağlanması gereklidir. Diğer yandan iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen kayıtların tahrif edilmesi riskini en aza indirmek için Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı bünyesinde görevlendirilecek bilirkişiler marifetiyle kaydın çözülerek metin haline getirilmesi daha olumlu olacaktır. Böylelikle; hem soruşturmada görevli kolluk biriminden teşkilat yapısı bakımından ayrı ve objektif bir birimde, hem de soruşturmada geçerli olan gizlilik ilkesi ihlal edilmeksizin işlem yapılmış olur.

İletişimin denetlenmesi tedbirinin hukuka uygunluğunun denetlenmesine ilişkin olarak CMK’nda özel bir düzenlemeye yer verilmediği gibi, bildirim sonucu kişilerin tedbirin denetlenmesini sağlamasına imkan veren bir düzenlemeye de yer verilmemiştir. Bu nedenle mevzuatımızda özel bir düzenleme bulunmadığından genel hükümlere göre idari makamların eylemleri dolayısıyla genel tazminat sorumluluğuna gidilebilir. Kanımızca telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi kararlarının hukuka aykırı olması veya hukuka aykırılık oluşturacak şekilde uygulanması nedeniyle tazminat talep edilebilmesine imkan tanıyan bir düzenlemeye CMK’nun 141. maddesinde düzenlenen “koruma tedbirleri nedeniyle tazminat” hükümleri içerisinde yer verilerek devletin hukuksal sorumluluğuna açıklık getirilmesi olumlu olacaktır.

CMK’nun 135. maddesinde yer alan katalog suçlara ilişkin olarak yapılan soruşturma kapsamında iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen verilerin, her türlü suçun soruşturma ve kovuşturmasında ve idari soruşturmalarda kullanılması Anayasanın 20 ve 22. maddeleri ile güvence altına alınan özel hayatın gizliliği hakkının ve haberleşme hürriyetinin özünü zedeleyecek niteliktedir. Ayrıca bu yolla elde edilen delillerin her suçun soruşturmasında kullanılması Anayasanın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesine ve bu ilkenin uzantısı niteliğindeki orantılılık ilkesine de aykırılık teşkil eder. Bu sakıncaların önlenmesi bakımından iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen verilerin sadece CMK’nun 135. maddesinde yer alan katalog suçların soruşturma ve kovuşturmasında kullanılması gerekir. Nitekim CMK’nun “tesadüfen elde edilen deliller” başlıklı 138/2 hükmünde iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu tesadüfen elde edilen delillerin kullanılması konusuna açıklık getirilmiştir. Düzenlemeye göre; “Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ve ancak, 135’nci maddenin altıncı fıkrasında sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhal bildirilir”. Bu itibarla tesadüfen elde edilen verinin muhakemede delil olarak kullanılabilir hale gelmesi için elde edilen verinin; yapılmakta olan soruşturmayla ilgili olmaması ve CMK’nun 135/6 hükmünde sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek nitelikte olması gerekir. Bu halde durumun derhal Cumhuriyet savcısına bildirilmesiyle ele edilen delilin soruşturma ve yargılamada değerlendirilmesi söz konusu olabilecek ve elde edilen delil yasa dışı elde edilmiş delil olarak

değerlendirilmeyecektir⁹²³. CMK'nun 138/2 hükmünde yer alan düzenleme kolluğa Cumhuriyet savcısının emri veya hakim kararı olmaksızın doğrudan doğruya elkoyma yetkisi veren istisnai bir hükümdür. Tesadüfen elde edilen veri maddede sayılan katalog suçlara ilişkin olmadığı taktirde ise muhafazası mümkün olmadığından derhal yok edilmelidir.

Bu durum ilk bakışta adil olmayan bir sonuç şeklinde yorumlanabilir ise de; temel hak ve özgürlüklere müdahalenin istisnai özelliği ve delil yasaklarının doğal bir sonucudur. Diğer yandan kolluğun bu şekilde katalogda yer almayan bir başka suça ilişkin olarak elde edilen delillere duyarsız kalması da zor görünmektedir. CMK'nun 160. maddesi de suç haberini alan savcılığa derhal harekete geçme yükümlülüğü yüklemektedir. Bu nedenle tesadüfen elde edilen verinin muhafaza edilmemesi, ancak usulüne uygun bir iletişimin denetlenmesi kararı doğrultusunda tesadüfen ulaşılan veriye ilişkin durumun ihbar kabul edilip; bu ihbara dayalı olarak katalogda yer almayan suça ilişkin olarak da şartları oluşan diğer koruma tedbirlerine ve soruşturma işlemlerine başvurulabilmesi gereklidir. Kanımızca bu durumda elde edilen veriye dayalı olarak soruşturma başlatıldığından ve ihbarın hukuka aykırı olması şeklinde bir kavram da kabul edilmediğinden, elde edilen verinin ihbar amaçlı kullanılmasında bir sakınca yoktur. Ancak ihbara dayanak oluşturan verilerin hiçbir şekilde soruşturma dosyasına alınmaması, sadece ihbar yoluyla Cumhuriyet savcılığının harekete geçmesi sağlanmalıdır.

Başvurulması oldukça sıkı şartlara bağlanmış olan adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine konu suçun vasfına ilişkin yanlış sonucu katalog haricindeki suçlara ilişkin olarak iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması; şartları oluşmaksızın, hukuka aykırı olarak tedbire başvurulduğunu gösterir. Adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından öngörülen şüphenin derecesi ve tedbirin ikincil niteliği suç vasfındaki yanlışlığa imkan vermeyecek kadar düşüktür. Kaldı ki orantılılık ilkesi bakımından da katalog suçlara ilişkin sınırlama güvence getirmektedir. Bu güvence ortadan kaldırıldığında Anayasa ile güvence altına alınan orantılılık (dar anlamda ölçülülük) ilkesinin de ihlal edilmesine olanak sağlanmış olacaktır. Bu nedenle katalog suçlara ilişkin kanun hükmünün kanuna karşı hile yoluyla dolanılmasının önlenmesi, tedbirin kötüye kullanımının önüne geçilmesi ve tedbire başvurulduğu sırada kararı veren mercinin yanlışlığının şüpheli veya sanığa yüklenmemesi için iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen delillerin vasıf değişikliği sonucu ortaya çıkan katalog harici suçun soruşturma ve yargılamasında kullanılmaması ve dosyadan çıkarılması gerekir.

⁹²³ Yrg. CGK.'nın 03.07.2007 T., 2007/5-MD.-23 E. ve 2007/167K. sayılı kararı. (Yayınlanmamış Yargıtay kararı)

İletişimin denetlenmesi tedbirine hakim kararı olmaksızın gecikmesinde sakınca bulunan hal kapsamında Cumhuriyet savcısının kararı ile başvurulduğu hallerde, kararın CMK'nun 135/1c.2 hükmünde öngörülen yirmidört saatlik süre içerisinde hakim onayına sunulmadığı veya hakim tarafından kararın onaylanmadığı durumlarda, bu süreç içerisinde elde edilen verilerin delil olarak kullanılmaması gerekir. Aksine uygulama hakim onayı alınmasına ilişkin zorunluluğun dolanılması sonucunu doğuracağından ve gecikmede sakınca bulunan hal adı altında hukuka aykırı olarak iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmasına yönelik uygulamaların önünü açabileceğinden bu süreç dahilinde elde edilen verilerin soruşturma ve yargılamada kullanılması mümkün değildir.

Ceza Muhakemesi Kanununun 136/1 hükmünde şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerlerindeki telekomünikasyon araçları hakkında CMK'nun 135. madde hükmünün uygulanamayacağı öngörülmüştür. Savunma dokunulmazlığının önemini dikkate alan kanunkoyucu CMK'nun 154. maddesinde öngörülen denetim ve izleme olmaksızın görüşme ve yazışma hakkının bir sonucu olarak şüpheli ve sanıkla müdafinin arasındaki iletişimin denetlenmesini yasaklamıştır. CMK'nun 136/1 hükmünde yer alan düzenleme esasen CMK'nun 135/2 fıkrasında yer alan düzenleme ile büyük ölçüde örtüşmektedir. Zira; müdafinin de tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasında yer almaktadır. Diğer yandan CMK'nun 135/2 ve 136. maddesinde yer alan hükümler, müdafinin suç şüphesi altında olmadığı durumlarda şüpheli veya sanığa isnat olunan suça ilişkin olarak müdafinin iletişiminin denetlenmesine ilişkindir. Ancak CMK'nun 135. maddesinin ikinci fıkrasında sadece iletişimin kayda alınması yasaklandığı halde; CMK'nun 136. maddesinde getirilen yasak bütün iletişimin denetlenmesi işlemleri için öngörülmüştür. Diğer yandan CMK'nun 136. maddesi büro, konut ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları ile ilgili, yani mekana bağlı bir sınırlama getirdiği halde; CMK'nun 135. maddesinin ikinci fıkrası bu alanlar dışında da müdafinin iletişiminin kayda alınmasını yasaklamaktadır. CMK'nun 136. maddesinde mobil telefonlar ve madde metninde sayılan yerler dışındaki iletişim araçları ile gerçekleştirilen iletişimin denetlenmesine ilişkin olarak yasaklama getirilmemiştir. Ancak düzenlemede mobil telefonla veya büro, konut ve yerleşim yeri dışındaki iletişim araçları ile gerçekleştirilen iletişim yönünden müdafinin ile şüpheli veya sanık arasında yapılan iletişimin denetlenebilir denetlenemeyeceğine ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Kanımızca bu durumda temel hak ve özgürlükler lehine genişletici yorum yapılması mümkündür. Müdafinin ile şüpheli veya sanık arasındaki iletişimin denetlenmesi yasağının getirilmesinin amacı meslek sırrı ile savunma hakkının ve dokunulmazlığının güvence altına alınması olduğundan, müdafinin ile şüpheli veya sanık arasındaki sabit telefonlar dışında kalan mobil telefonlarla ve madde metninde sayılanlar

yerler dışındaki iletişim araçları ile gerçekleştirilen iletişimin denetlenmesinin de mümkün olmadığı kabulü gerekir. Ancak bu konudaki tereddütlerin önüne geçilmesi için mevcut düzenlemede değişiklik yapılarak müdafinin şüpheli veya sanıkla kurduğu her türlü iletişimin yer ve iletişim aracı sınırlaması olmaksızın denetlenmesinin yasak olduğu yönünde düzenleme yapılması gerekmektedir.

Özel hukuk alanına ilişkin tereddütlerin giderilmesi için ise öncelikle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin açık bir düzenleme yapılması isabetli olacaktır. Böylelikle bu konudaki tereddütler ve hukuka aykırı uygulamalar ortadan kalkacaktır. Aksi durumda Anayasa'nın 38/6 hükmünde yer alan “kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.” hükmü özel hukuk alanında da varlığını hissettirecektir. Mevcut durum itibarıyla CMK'nun 135. maddesinde öngörülen iletişimin denetlenmesi tedbiri, ceza soruşturması ve kovuşturması ile sınırlı olduğundan hukuk hakimlerinin bu maddeden hareketle telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine karar verebilmeleri, bu yolla delil toplatabilmeleri ve bu konuda yapılan başvuruları kabul etmeleri mümkün değildir. Bu nedenle 1982 Anayasasının 22. maddesinde düzenlenen haberleşme hürriyetinin sınırlandırılması yoluyla elde edilen verilerin hukuk yargılamasında kullanılmasına ilişkin yasal bir düzenleme bulunmadığından, iletişim içeriğine ilişkin olarak hukuk yargılamalarında mahkemeye sunulan delillerin hukuka aykırı delil olduğunun kabulü gerekir. Bu kapsamda Anayasanın 138. maddesinde ifadesini bulan “hukuka uygunluk” kavramı, hukuk yargılamalarında hukuka aykırı yoldan elde edildiği ve yasal dayanaktan yoksun olduğu açık olan delilin muhakemede kullanımını engelleyecektir. Diğer yandan ceza soruşturması veya kovuşturmasında hukuka uygun yollarla elde edilen iletişim içeriklerinin özel hukuk muhakemesinde yasal dayanak bulunmaksızın doğrudan doğruya kullanılmasına imkan tanınması, delilin hukuka uygunluğu bakımından doğru görülebilirse de, bu konuda yasal dayanak oluşturur nitelikte bir özel hukuk düzenlemesi bulunmadığından iletişim içeriklerinin hukuk muhakemesinde doğrudan doğruya delil olarak kullanılması mevcut durum karşısında mümkün görünmemektedir. Böylelikle genel anlamda hukuka uygun sayılan bir delilin hukuk yargılamasında kullanılmasındaki hukuka uygunluk, bu konudaki yasal dayanağın bulunmasına bağlanmış olmaktadır.

Bir suçun işlenmesini önlemek, işlendikten sonra adaleti sağlamak kadar önem taşıdığından devlet tarafından toplumun güvenliğini sağlamak, toplum huzurunu tesis etmek,

genel emniyet ve asayiş korumak, suç işlenmesini önlemek amacıyla suçla mücadelede bazı önleyici tedbirlere başvurulmasına ihtiyaç duyulmuştur. Anayasanın 22/2 ve AİHS'nin 8/2 hükümlerinde haberleşme özgürlüğünü sınırlama sebepleri tahdidi olarak sayılmış, sınırlama sebepleri arasında da milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi sebeplerine yer verilmiştir. Bu itibarla haberleşme özgürlüğüne şartları olduğu takdirde kamu makamlarınca yapılacak müdahale ile sınırlama getirilerek önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması mümkün hale gelmiştir. Bu kapsamda demokratik hukuk devletinin bir gereği olarak kişinin temel hak ve özgürlükleri arasında yer alan haberleşme özgürlüğüne yönelik müdahale niteliği taşıyan ve suçla önleyici mücadelede idari kolluk faaliyeti kapsamında başvuru, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine ancak kanuni dayanağı olduğu sürece, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygun olması kaydıyla başvurulabilir (Ay. m.22, Ay. m.13, AİHS m.8).

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinde tehlike uzaktır ve suç işlenmeden önce tedbire başvurulduğundan, suç şüphesi ile başlayan ceza muhakemesi tedbirleri ile amacı bakımından bir ilgisi yoktur. Bu tedbir meşruluğunu; devletin kişinin ve toplumun güvenliğini, huzurunu sağlama görevinden alır ve daha çok idari nitelik taşımaktadır. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin ön plana çıkan iki önemli yönü ise gizliliği ve istihbarata yönelik oluşudur. Tehlike uzak yada yakın olsun henüz suç işlenmemiş ve icra hareketleri de başlamamış ise suç işleme tehlikesi önlenmeye çalışılır ve önleme tedbirlerine başvurulur.

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanabileceği suçlar dikkate alındığında bu suçların hem jandarmanın, hem de polisin sorumluluk bölgesinde işlenebilmesinin mümkün olduğu görülmektedir. Uygulamada önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin olarak polis ve jandarma arasında yetki itilafının çıktığı ve önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinden sonraki aşamada adli soruşturma aşamasına geçilmesinde aksaklıklar yaşandığı görülmektedir. Bu aksaklıkların tümüyle önüne geçmek için önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin polis ve jandarma bakımından aynı yasal düzenleme altında ele alınması gereklidir. Bu konuya ilişkin olarak mevzuatta boşluk bulunması nedeniyle kolluk birimlerinin karşılıklı yardımlaşma ve dayanışmayla hareket etmeleri, istihbarata dönüşen bilgilerin karşılıklı paylaşımı içinde olmaları gereklidir.

5397 sayılı yasada yer alan düzenlemelerde önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması bakımından hiçbir şüphe derecesine veya somut tehlike haline yer verilmediği görülmektedir. Bu durum kolluğun varsayıma dayalı olarak hareket etmesine olanak tanımaktadır. Esasen idari kolluk bakımından tehlike; genel yaşam tecrübesine dayanan, düşünceye ve hayatın olağan akışına göre yakın bir zamanda kamu güvenliği veya düzeni için zarar meydana gelme beklentisini ortaya koyan bir durumdur. Tehlikenin ise idari kolluk faaliyetleri bakımından soyut ve somut tehlike olmak üzere ikiye ayrılması mümkündür. Kolluğun harekete geçmesi için bir tehlikenin mevcut olmasının arandığı durumlarda somut tehlike, diğer bir deyişle yaşanan, mevcut ve somut bir durumdan ileri gelen tehlike bulunmalıdır. Buna karşılık soyut tehlike genel ve soyut olarak betimlenen bir durumu ifade eder. Somut tehlike haline ilişkin olarak tahminde bulunabilmek için; tahmin anındaki münferit durum hakkındaki tüm bilgiler toplanmış olmalıdır. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilmesi bakımından belli bir şüphe derecesine yer verilmediğinden; istihbarat birimlerinin yaptıkları çalışmaları, elde ettikleri verileri ve analizlerini değerlendirerek somut bir tehlikenin meydana geldiğini hissetmeleri tedbire başvurulması için gerekli şüphe derecesinin oluşumu bakımından yeterli olacaktır. Buradaki tehlike genel yaşam tecrübesine dayanan, düşünceye ve hayatın olağan akışına göre yakın bir zamanda kamu güvenliği veya düzeni için bir zarar meydana gelme beklentisini ortaya koyan, mevcut ve somut tehlike haline ilişkin bir durum olarak nitelendirilebilir. Zira; adından da anlaşılacağı üzere önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri, iletişimin denetlenmesini gerekli kılacak makul şüphe sebeplerinin oluştuğu, bu konuda ciddi bilgi ve emarelerin elde edildiği, istihbarat kaynaklarından gelen bilgi ve aktarımlar üzerine suç işleneceği yönünde tereddütlerin oluştuğu aşamada başvurulması gerekli bir tedbirdir. Aksine bir uygulamaya gidildiğinde Anayasa ile güvence altına alınan haberleşme hürriyetinin özüne dokunulmuş ve hukuka aykırı olarak iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmuş olacaktır. Bu nedenle ortada hiçbir somut ve haklı gerekçe olmaksızın, sırf telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi konusunda yetkilendirildiğini düşünen polis, jandarma ve MİT mensuplarının soyut ihtimallerden hareketle telekomünikasyon yoluyla önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurmaları mümkün değildir. Somut bir tehlike halinin bulunması aranmadan, herhangi bir şüphe derecesine yer verilmeksizin, genel olarak önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması gerektiğini savunmak ve önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen verilerin soruşturma ve yargılamada delil olarak kullanılmamasının haberleşme hürriyetinin, kişi güvenliğinin ve sanık haklarının korunmasında yeterli güvence sağladığını kabul etmek mümkün değildir. Zira; bireylerin özel

hayat alanları ve haberleşme hürriyetleri bu temel hak ve hürriyetlere müdahale sınırlarının önceden belirlenmesi, müdahalenin hukukilik denetiminin yapılması ve hukuka aykırı müdahalede bulunanların sorumluluklarının kabul edilmesiyle güvence altında tutulabilir. Bu nedenle kolluk birimleri önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurma isteminde bulunduklarında, önlenmesi amaçlanan suçun işleneceğine delalet eden somut tehlike haline ilişkin verileri talep yazılarına ekleyerek hakime sunmaları gereklidir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yazılı emre dayalı olarak iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulduğunda ise; yazılı emre başvurulmasını gerektiren suç, bu suçun işleneceği kanaatini oluşturan olgular ve hakim kararı alınamamasına neden olan gecikmesinde sakınca bulunan duruma ilişkin bilgiler kararın onanması istemi ile birlikte hakime sunulmalıdır.

5397 sayılı yasa ile önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin olarak getirilen düzenlemede dikkati çeken diğer bir husus ise; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yazılı emre dayalı olarak önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurma yetkisinin vali ve kaymakama verilmemesidir. Vali ve kaymakam genel idari kolluk makamları arasında yer almaktadır. 5442 sayılı İl İdaresi Kanunun 11/A hükmüne göre; “Vali il sınırları içinde bütün genel ve özel kolluk teşkilatının amiridir. Suç işlenmesini önlemek, kamu düzen ve güvenliğini korumak için gereken tedbirleri alır. Bu maksatla devletin genel ve özel güvenlik kuvvetlerini istihdam eder, bu teşkilat amir ve memurları vali tarafından verilen emirleri derhal yerine getirmekle yükümlüdür”. 5442 Sayılı Kanunun 32/B bendine göre ise; kaymakam ilçe sınırları içinde bulunan genel ve özel kolluk kuvvet ve teşkilatının amiri olması sıfatıyla; “suç işlenmesini önlemek, kamu düzeni ve güvenliğini korumak için gereken tedbirleri alır. Bu maksatla devletin genel ve özel kolluk kuvvetlerini istihdam eder. Kanun, tüzük, yönetmelik ve hükümet kararları hükümlerinin yürütülmesi için emirler verir. Bu teşkilat amir ve memurları kaymakam tarafından verilen emirleri derhal yerine getirmekle ödevlidir”. Görüldüğü üzere il sınırları dahilinde vali, ilçede ise kaymakam genel ve özel idari kolluk kuvvetlerinin amiridir. Suç işlenmesinin önlenmesi ve kamu düzeninin korunması için kolluğa gerekli emirleri vermeye yetkilidir. Ancak vali ve kaymakam suç işlenmesinin önlenmesi ve kamu düzeninin korunması bakımından mülki sınırlar dahilinde sorumlu ve idari kolluk faaliyetlerinde en yetkili makam olduğu halde, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından uygulamanın tamamen dışında bırakılmıştır. Mülki sınırları dahilindeki idari kolluk faaliyetlerinde en yetkili makam olan mülki amirin önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanmasındaki sürece dahil edilmesi; kolluk birimleri arasındaki koordinasyonun sağlanması, farklı kolluk birimlerinin kendi sorumluluk alanları ile

ilgili faaliyette bulunmalarının denetlenmesi, aynı konu ve kişi hakkında aynı kolluk biriminin farklı mahkemelerden farklı kararlar alması ihtimalinin ortadan kaldırılması, hakimın önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi talebinin reddine ilişkin kararına karşı aynı konuda başka bir mahkemeden talepte bulunulmasının önünde geçilmesi, bu kapsamda tedbirin icrası aşamasında işleyişin, koordinasyonun ve hukuka uygunluğun sağlanması bakımından olumlu olacaktır.

Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından hakim kararına karşı itiraz yetkisi tanınmış iken; önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri yönünden böyle bir imkan tanınmamıştır. Kanımızca kesinleşmiş hükmün infazında tereddüt oluşması durumunda olduğu gibi, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının kararı veren hakimden kararın uygulanmasında tereddüt olduğundan bahisle ek karar talep etme imkanı bulunduğunun kabulü gerekir. Tedbirin gizli oluşu nedeniyle hakim kararına karşı tedbire maruz kalanların itiraz yoluna başvurma imkanları bulunmadığı gibi, talepte bulunan kolluk birimlerinin de iletişimin denetlenmesi kararına karşı itiraz yoluna başvurmaları mümkün değildir. Bu nedenle hakim kararının içermesi gereken zorunlu unsurları içermediği tespit edildiğinde, kararda açıklık bulunmadığında veya kararın icrasında tereddüt ortaya çıktığında kararı veren hakimlikten Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının talebi ile ek karar alınmalıdır.

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından tedbir süresinin ne zaman işlemeye başlayacağı konusunda da açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanaatimizce adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinde olduğu gibi, sürenin hakim kararının verildiği andan itibaren işlemeye başlaması gerekir. Çünkü kanunda öngörülen şartların bulunup bulunmadığı hakim tarafından karar anındaki duruma göre tespit edilmektedir. Bu nedenle hakim tarafından sürenin başlayacağı anın karar tarihinden sonraki bir tarihe bırakılmaması, tedbiri uygulayacak makam bakımından da sürenin başlangıç anının belirlenmesinde keyfiliği önleyici işleyişin sağlanması gerekir. Bu nedenle tedbir kararında tedbirin uygulanmasına başlanacağı tarih ve saat ile tedbirin son bulacağı tarih ve saatin açıkça belirtilmesi gerekir.

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine imkan tanıyan tüm düzenlemelerde; önleme amaçlı yürütülen iletişimin denetlenmesi faaliyeti çerçevesinde elde edilen kayıtların sadece ilgili maddelerde öngörülen amaçlar için kullanılabileceği, bunun dışında kalan başka amaçlar için kullanılamayacağı açıkça ifade edildiğinden önleme amaçlı iletişimin

denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen veriler polis ve jandarma tarafından ancak kamu düzeninin korunması, emniyet ve asayişin sağlanmasına hizmet edilmesi için istihbarat toplamakta, Milli İstihbarat Teşkilatı yönünden ise casusluk ve terörist faaliyetlerin önüne geçilmesi ve ortaya çıkarılmasında kullanılmalıdır. Bu verilerin özellikle ceza soruşturmasında ve kovuşturmalarında delil olarak kullanılmasının mümkün olmadığı soruşturmanın ve yargılamanın her aşamasında dikkate alınmalı, temyiz incelemesi sırasında bu verilere dayalı olarak mahkumiyet hükmü verildiği tespit edildiğinde ise; CMK'nun 289/1 hükmü kapsamında hukuka kesin aykırılık sebebi bulunduğu gözetilmelidir. Zira; ceza muhakemesinde bir hususun her türlü delille ispat edilebileceğini düzenleyen delil serbestisi ilkesi delil yasağı yaptırımı ile sınırlandırıldığından, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen veriler hiçbir şekilde ceza muhakemesinde delil olarak değerlendirilemez.

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınan idari merciler tarafından verilen yazılı emrin onaylanması istemine yönelik olarak, hakim tarafından red kararı verilmesi veya sürenin dolması nedeniyle tedbire son verilmesi hallerinde tedbirin uygulanması ile red kararının verilmesi veya hakimin yirmidört saatlik karar süresinin dolması arasında geçen azami kırksekiz saatlik süreç içerisinde elde edilen verilerin suçun önlenmesi amacıyla kullanılıp kullanılamayacağı konusunda mevzuatta herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanaatimizce bu süreç içerisinde somut anlamda suç işleneceği kanaati kişi, yer ve zaman itibarıyla elde edilen verilere dayalı olarak tespit edildiğinde, bu veriler suçun işlenmesinin önlenmesi amacıyla kullanılabilmelidir. Kolluk birimleri somut anlamda bir suç işleneceğini, suçun işleneceği zamanı, yeri ve suçu işleyecek kişileri belirlediklerinde elde ettikleri verileri istihbari bilgi olarak adli kolluk birimlerine gizlilik içinde aktarmaları gerekir. Suçun işleneceğini bilinmesine rağmen kolluğun hareketsiz kalmasını gerektiren bir düzenleme bulunmadığı gibi, bu tarz bir uygulama telafisi imkansız zararların ortaya çıkmasına da neden olabilir. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen bu verilere dayalı olarak yapılan değerlendirmenin neticesi adli kolluk birimlerine ihbar edilip, adli kolluk birimleri harekete geçirildiğinde; önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen verilerin doğrudan delil olarak değil sadece delile götüren bilgi olarak kullanılması, elde edilen verilerin başlangıç şüphesine esas alınması söz konusu olur. Delile götüren bilgiye ise delil olarak dayanılmadığı takdirde, delil yasakları yaptırımı ile karşılaştırılması söz konusu olmaz.

Adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından CMK'nun 137/4 hükmünde; “Tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi halinde soruşturma evresinin bitiminden itibaren en geç onbeş gün içinde, Cumhuriyet Başsavcılığı, tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında ilgisine yazılı olarak bilgi verir” hükmü bulunmaktadır. İlgisine tedbir hakkında bilgi verilmesi yükümlülüğünü getiren bu düzenleme, 5397 sayılı yasa ile düzenlenen önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından öngörülmemiştir. Böylelikle bireyin temel hak ve hürriyetlerinden haberleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasına karşı Anayasanın 40. maddesi ile getirilen güvenceden yoksun kalması sonucu ortaya çıkmıştır.

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu bireylerin oluşan zararları idare hukukunun genel hükümlerine göre devlet tarafından tazmin edilir. Zira; önleyici kolluk faaliyeti çerçevesinde başvuru telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinin idari bir faaliyet olduğu nazara alındığında, bu faaliyet sırasında meydana gelen zararlardan dolayı sorumluluk da idare hukuku hükümlerine göre belirlenecektir. Zira; başvuru tedbire her ne kadar hakim kararı ile başvuruluyor ise de; bu durum önleyici kolluk faaliyeti çerçevesinde başvuru tedbirinin idari niteliğini ortadan kaldırmaz. Tedbire ilişkin kararın kanuna aykırı olarak verildiği durumlarda, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınan mercinin yazılı emrinin onanması isteminin reddine karar verildiğinde veya hukuka aykırı olarak hakim kararı veya yazılı emir bulunmaksızın iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulduğunda, süresi dolduğu halde tedbirin icrasına devam edilmesi halinde, Anayasanın 40, 125 ve 129. maddelerine göre tazminat hukukunun genel esaslarına göre idarenin sorumluluğu cihetine gidilebilir. Ancak önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından ilgiliye bilgi verilmesi yükümlülüğü öngörülmediğinden idarenin tazminat sorumluluğu oldukça sınırlı alanda kendisini gösterecektir. Hukuka aykırı olarak iletişimin denetlenmesi tedbirine başvuran ilgililer hakkında soruşturma açılıp, tedbire maruz kalanın mağdur sıfatıyla beyanına başvurulduğunda ilgilinin tedbirden haberdar olması söz konusu olacağından idare aleyhine ancak bu durumda hukuki yollara başvurulabilmesi mümkün hale gelecektir.

Türk hukukunda adli ve önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri gerek şekli, gerekse maddi anlamda yasa normlarıyla düzenlenmiştir. Bu yönüyle mevzuatımızda yer alan iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin olarak AİHM'nin aradığı hukuken öngörülmüş olma kriteri bakımından bir sorun bulunmamaktadır. Ancak tedbirin sadece kanunla düzenlenmesi

AIHM'nin aradığı yasallık ilkesine uygunluk açısından yeterli görülmemektedir. Bu ilke kapsamında yasanın kalitesi ile ilgili getirilen diğer kıstaslara da uygunluk aranmaktadır.

AIHM'nin yasallık ilkesine ilişkin içtihatları değerlendirildiğinde; mahkemenin yasallık ilkesini ele alırken öncelikle temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamanın yukarıda belirttiğimiz doğrultuda iç hukukta bir dayanağı bulunup bulunmadığını, dolayısıyla hukuken öngörölmüş olma kriterini araştırdığı görölmektedir. Bu aşama sonunda müdahalenin iç hukukta bir dayanağı bulunduğu saptandığı taktirde; iç hukuktaki dayanağın kalitesinin değerlendirilmesine geçilmektedir. Mahkemenin müdahalenin dayanağını oluşturan yasada bulunmasını gerekli gördüğü, yasanın kalitesi olarak da adlandırılan özellikler ise yasanın ulaşılabilirliği, öngörülebilirliği ve açıklığı şeklinde sıralanabilir.

Yasanın ulaşılabilir olmasından vatandaşların belli bir olaya uygulanabilir nitelikteki hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olmaları, bireyler tarafından yasaya rahatlıkla ulaşılabilir olması anlaşılmaktadır. Türk hukukunda adli ve önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin düzenlendiği 5271 ve 5397 sayılı yasalar, mahkemenin aradığı ulaşılabilirlik kriterlerine uygundur. Zira; resmi gazetede yayınlanmakla da aleniyet kazanan bu yasalara bireyler tarafından rahatlıkla ve doğrudan doğruya ulaşılabilirliktedir.

Yasanın öngörülebilirlik özelliği ilgililerin yasanın etkilerini öngörebilmelerini ve mevcut şartlar altında belirli hareketlerinin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde tahmin etmelerini gerekli kılmaktadır. Tahmin edilebilirlik şartı olarak da ifade edilen bu özellik bireyin haberleşmesine devlet görevlilerinin ne zaman müdahale edebileceğini tahmin edip, buna göre davranışlarını ayarlayabilmelerini gerektirir. Bu sayede bireyler belirli eylemlerin getirdiği sonuçları, durumun makul saydığı ölçüde ve eğer gerekirse bir danışman yardımıyla görebileceklerdir. İdari ve adli otoritelere verilen takdir yetkisinin kapsamı açıklık taşır şekilde verildiği taktirde AIHS ile uyum sağlanmış olacaktır. AIHM'nin aradığı yasanın öngörülebilirliği kriteri bağlamında adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin düzenlendiği CMK hükümleri ele alındığında; tedbirin amacının, tedbire maruz kalabilecek kişilerin, tedbirin başvurulabileceği suçların, tedbirin süresinin, tedbire başvurulması için gerekli şüphenin kuvvet derecesinin ve tedbirin ikincil niteliğinin açıkça düzenlendiği CMK'nun 135 ve devamı hükümlerinin mahkemenin aradığı öngörülebilirlik kriterlerine uygun olduğu söylenebilir. Diğer yandan 5397 sayılı yasa ile mevzuatımıza giren önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından ise getirilen

düzenlemenin mahkemenin aradığı öngörülebilirlik kriterini karşıladığını söylemek mümkün değildir. Zira; suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla tedbire başvurulabileceğine ilişkin olarak getirilen düzenlemelerde kişi bakımından herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Bu itibarla bu yasaya dayalı olarak suç işleme şüphesi altında bulunmayan kişiler hakkında da iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması mümkündür. Düzenleme hakkında tedbir uygulanabilecek kişilere açıkça ve sınırlayıcı bir şekilde yer vermediğinden, iletişimin denetlenmesi tedbirine maruz kalabilecek kişi kategorilerinin kanunla açıkça belirlenmesi gerektiğini belirten AİHM kararları ile çelişmektedir. Diğer yandan önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından tedbire başvurulmasını gerektiren somut tehlike haline, tedbirin ikincil niteliğine yer verilmemesi ve ayrıca tedbirin uygulanabileceği suç kategorilerinin yasada net bir şekilde belirlenmemesi uygulamada keyfiliğe yol açabilecek niteliktedir. Bu nedenle 5397 sayılı yasayla getirilen düzenlemelerin mahkemenin aradığı öngörülebilirlik kriterini karşılamaktan uzak olduğu anlaşılmaktadır.

Yasanın açıklığı duraksamaya ve yanlış anlamaya meydan verilmemesi ile sınırlı bir anlama sahip iken; öngörülebilirliği yasanın kapsamına hangi durumların girdiğinin önceden öngörülebilmesini içerir. Öngörülebilirlik kriterinin işlerlik kazanması normda açıklık ilkesinin gerçekleşmesine bağlıdır. Zira; temel hak ve özgürlüklere sınırlama getiren yasada yer alan hükümler yeterli açıklığa sahip olmadıkları taktirde, bireylerin hareketlerinin sonuçlarının öngörülebilir nitelikte olduğu da söylenemez. Yasada genel, esnek ve her anlama çekilebilir kavramlara yer verildiği taktirde, bireylerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale yetkisinin kapsam ve sınırlarını açıkça ortaya koymak mümkün olmaz. Diğer yandan; açıklık ilkesi kamu görevlilerinin keyfi uygulamalarına karşı da güvence sağlar. Bu nedenle temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına dayanak teşkil eden yasada müdahalenin kapsam ve şartları açıkça belirtilmeli, düzenleme tüm bireyler için teşhis edilebilir nitelik taşımali ve bireylerin davranışlarını düzenlemesine olanak sağlayıcı yeterlilik ve açıklıkla formüle edilmelidir. AİHM kararlarında da iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin olarak yasanın açıklığı kriterinin işlev kazanabilmesi için, iletişimin denetlenmesi tedbirinin ve tedbire başvurulması için gerekli koşulların özenle tanımlaması gerektiği ifade edilmektedir. Adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından açıklık ilkesi ele alındığında CMK'nun 135 ve devamı maddelerinde yer alan düzenlemelerde; amaç, uygulanacak tedbir türleri, tedbirin uygulanabileceği kişiler ve suçlar, tedbirin süresi, karar mercii, tedbirin uygulanmasında esas alınacak şartların açıkça düzenlendiği görülmektedir. Bu itibarla getirilen düzenlemenin AİHM kararlarında açıklık kriteri bakımından aranan nitelikleri karşıladığı görülmektedir.

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin düzenlendiği 5397 sayılı yasa hükümleri incelendiğinde ise; düzenlemede tedbirin amacının, süresinin, tedbire karar verecek mercilerin açıkça gösterildiği, tedbirinin uzatılma koşullarının belirtildiği, kısaca haberleşme hürriyetine müdahale yetkisinin kapsam ve sınırlarının açıkça ortaya konduğu ve bu yönüyle düzenlemenin mahkemenin aradığı açıklık kriterini karşıladığı anlaşılmaktadır. Ancak tedbirin uygulanabileceği suç tipleri ele alındığında katalog suç tiplerinin yeterince açık olarak belirtilmediği görülmektedir. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanabileceği suç tiplerinin net bir şekilde belirlenmemesi, sınırlarının çizilmemesi, tedbirin uygulanabileceği suçlar bakımından belirsizlik yaratmakta ve getirilen düzenleme bu yönüyle yasanın açıklığı ilkesi ile çelişmektedir. Diğer yandan önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanabilmesi bakımından ortaya çıkan diğer belirsizlik, tedbirin uygulanmasında herhangi bir şüphe derecesine veya somut tehlike haline yer verilmemesinden kaynaklanmaktadır. Bu durum herkes hakkında tedbirin uygulanmasına imkan sağlamaktadır. Bu nedenle mevzuatımızda yer alan önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin düzenlemeler katalog suç tipleri ve şüphe derecesi bakımından mahkemenin yasada aradığı açıklık kriterini karşılamaktan uzaktır.

AİHM'nin müdahalenin meşruluğu bakımından aradığı, orantılılık ilkesi ile birlikte Anayasanın 13. maddesinde ifadesini bulan ölçülülük ilkesinin alt bölümlerini oluşturan gereklilik ve elverişlilik kriterleri doğrultusunda adli ve önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin düzenlendiği 5271 ve 5397 sayılı yasa hükümleri ele alındığında; adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin düzenlendiği 5271 sayılı CMK'nun 135. maddesinde yer alan katalog suç tiplerinin ağırlığı, bu suçların ve faillerinin ortaya çıkarılmasındaki güçlük karşısında tedbirin amacına ulaşmaya elverişli olduğu ve AİHM'nin aradığı elverişlilik kriterlerini karşıladığı görülmektedir. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından da bu önleyici tedbir sayesinde çok sayıda ve önemli suçun işlenmesinin önlenmesi mümkün olduğundan, tedbirin sınırlama ile amaçlanan neticenin elde edilmesine ve belli ağırlıktaki suçların önlenmesine elverişli olduğu, bu yönüyle 5397 sayılı yasa ile getirilen düzenlemelerin de elverişlilik kriterini karşıladığı söylenebilir. Gereklilik kriteri bakımından ise; adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından CMK'nun 135. maddesinde; “başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmaması durumunda” adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabileceğine yer verilip tedbirin ikincil niteliği açıkça ortaya konduğundan düzenlemenin teorik anlamda mahkemenin aradığı gereklilik kriterini karşıladığı söylenebilir. 5397 sayılı yasada ise; tedbirin ikincil niteliğine

yer verilmemiştir. İletişimin denetlenmesi tedbirine başvurmakla getirilen sınırlama sonucu elde edilmesi amaçlanan neticenin temel hak ve özgürlüklere daha az sınırlama getiren, daha hafif tedbirlerle de elde edilmesinin mümkün olduğu hallerde önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmasını engelleyen bir düzenleme bulunmamaktadır. Mevcut düzenleme karşısında başka tedbirlerle işlenmesi önlenebilecek suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilecektir. Bu nedenle kolluğun uygulamada başka tedbirlere başvurmadan ve diğer tedbirlerin daha etkin olup olmayacağını değerlendirmeden kolaylıkla önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine karar verilmesi istemi ile hakime başvurabilmesi mümkündür. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine yer verilen düzenlemede tedbirin son çare olması prensibine yer verilmediğinden, 5397 sayılı yasa ile getirilen düzenlemeler teorik anlamda mahkemenin aradığı gereklilik kriterini karşılamaktan uzaktır. Bu nedenle gereklilik kriterinin uygulayıcılar tarafından her kararda ele alınıp irdelenmesi, daha hafif tedbirlerle zararlı neticenin önlenemeyeceğinin açıkça ortaya konup kararın gerekçesinde tartışılması ve bu sayede mevzuattaki eksiklik dikkate alınarak mahkeme kriterleri ve ölçülülük ilkesi ile uyumlu iletişimin denetlenmesi kararlarının verilmesi gereklidir. Bununla birlikte mevzuatta değişikliğe gidilerek amacın başkaca önleyici kolluk tedbirlerine başvurularak elde edilmesinin mümkün olduğu hallerde iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulamayacağını öngören yasal düzenlemeye yer verilmesi olumlu olacaktır.

KAYNAKÇA

Akıllıoğlu, Tekin, İnsan Haklarının Korunması Alanında Uluslararası Temel Belgeler, Ankara 1992.

Akıllıoğlu, Tekin, İnsan Hakları I, Kavramlar Kaynaklar Koruma Sistemleri, Ankara 1995. (İnsan Hakları I)

Akın, İlhan/ Akad, Mehmet, Temel Hak ve Özgürlükler, 50. Yıl Armağanı, İHFM 1973.

Akıpek, Ömer İlhan, Devletler Hukuku, Ankara 1970.

Akkanat, Zehra Gönül, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda İletişim Özgürlüğünün Sınırları, İnsan Hakları Yıllığı, Dr. Muzaffer Sencer'e Armağan, C.17-18, 1995-1996, s.171-186.

Akmanlar, Bülent, Avrupa Konseyi Üyesi Bazı Devletlerde Telefon Konuşmalarının Dinlenmesi ve Telekomünikasyonun Kaydedilmesi, YD, Ocak-Nisan 1982, S. 1-2, s. 665-671.

Alacakaptan, Uğur, Çıkar Amaçlı Suç Örgütü Kurma Suçu, Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004, s.45-61.

Alacakaptan, Uğur, Delil Yasakları, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir 2000, s.519 vd.

Alderson, J. C. (John Cottingham), İnsan Hakları ve Polis, çev. İhsan Kuntbay, Ankara 1989, s.62 vd.

Aliefendioğlu, Yılmaz, Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, Ankara 1996.

Alpkaya, Gökçen, Osmanlı Hukuk Reformu ve Kişi Özgürlüğü, (1839-1908), İHY, C. 12, 1990, s.167-182.

Altıparmak, Kerem, Büyük Biraderin Gözetiminden Çıkış: Telefonların İzlenmesinde Devletin Sorumluluğu, TBBD, S. 63, Y. 2006, s.29-66. (Telefonların İzlenmesi)

Anayurt, Ömer, Strasbourg İçtihatlarında Türk ve Fransız Hukukunda Telefon Dinlemeleri, Mülkiyeliler Birliği Dergisi, C. 21, S.197, Ankara 1997, s.50-57. (Türk ve Fransız Hukukunda Telefon Dinleme)

Anayurt, Ömer, Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu, Ankara 2004. (Kişisel Başvuru Yolu)

Aralı, Oya, Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C. Anayasasında Düzenlenişi, (Çoğaltılmış Doçentlik Tezi) Ankara 1979. (Özel Yaşamın Gizliliği)

Armağan, Servet, İslam Hukukunda Özel Hayatın Gizliliği, İslam Tetkikleri Enstitüsü Dergisi, C.6, S. 3-4, İstanbul 1976.

Armağan, Servet, Temel Hak ve Özgürlükler, İstanbul 1980.

Arsel, İlhan, Türk Anayasa Hukukunun Umumî Esasları, C.I, Ankara 1965.

Arslan, Feyzullah, CMUK ile ilgili Sorun ve Öneriler, Polis Dergisi, Y.11, S.45, Ekim-Kasım-Aralık 2005, S. 4-8, s.6 vd.

Aslan, Metin, Telekomünikasyon Kurumu, Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004, s.91-104. (Telekomünikasyon Kurumu)

Balta, Tahir Bekir, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye, Ankara 1970.

Baltacı, Vahit, Yeni TCK ve CMK'da Terör Suçları ve Yargılaması, Ankara 2007

Başgil, Ali Fuat, Teşrii Mesuliyet Meselesi, İHFM, C.7, S I., İstanbul 1940, s.25 vd.

Batum, Süheyl, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İstanbul 1993. (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi)

Berki, Ali Himmet, 250 Hadis Tercüme ve İzahı, Ankara 1972. (250 Hadis)

Berki, Ali Himmet, Açıklamalı Mecelle, İstanbul 1990.

Bozuat, Pierre, Ceza Muhakemesinde Kanıtların Toplanmasında Doğruluk Kuralları, çev. Hasan Bıyıklı, YD., C.3, S.1, Ankara 1977, s.87 vd.

Centel, Nur, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama, İstanbul 1992. (Tutuklama)

Centel, Nur, Koruma Tedbirlerinde Gelişmeler, Hukuk Araştırmaları, C.8, S.1-3, İstanbul 1994, s. 69-101. (Koruma Tedbirlerinde Gelişmeler)

Centel, Nur, Ceza Muhakemesi Hukukunda Hakimin Tarafsızlığı, İstanbul 1996.

Centel, Nur, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu 2000 Tasarısına Eleştirel Yaklaşım, Mahmut Tefvik Birsnel'e Armağan, İzmir 2001, s.505 vd.

Centel, Nur/Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2003.

Centel, Nur, Yeni Ceza Muhakemesi Yasasında Adli Kontrol Tutuklama Yakalama ve Haksızlıkların Tazminatla Giderilmesi, Doç. Dr. Mehmet Somer Anısına Armağan, İstanbul 2006, s.841-877.

Centel, Nur/ Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2005.

Centel, Nur/Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2008. (Ceza Muhakemesi)

Centel, Nur/Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku El Kitabı, İstanbul 2009. (Centel/Zafer)

- Cihan, Erol, Ceza Muhakemesi Hukukunun Gayesi, İHFM 1962, C. 28, S.3-4, s.702-710.
- Cihan, Erol, Ceza Muhakemesi Hukukunun Gayesi, İHFM'ndan ayrı bası, İstanbul 1962.
- Cihan, Erol/Yenisey, Feridun, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1997. (Cihan/Yenisey)
- Cihan, Erol/Yenisey, Feridun, Ne Bis İn İdem İlkesi, Prof Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004, s.219-225.
- Clayton, Richard/Hugh, Tomlinson, The Law of Human Rights, Oxford, New York, 2000.
- Colbridge, Thomas, D., Electric Surveillance A Matter Of Necessity, FBI Law Enforcement Bulletin, February 2000, [http:// www. fbi. Gov / publications / leb / 2000 / feb00leb. pdf](http://www.fbi.gov/publications/leb/2000/feb00leb.pdf), ET.06.02.2009. (Colbridge)
- Coşkun, Enis, Gizli Dinleme, İstanbul 1974.
- Coşkun, Enis, Küresel Gözaltı, Elektronik Gizli Dinleme ve Görüntüleme, Ankara 2000. (Elektronik Gizli Dinleme)
- Çağatay, Özcan, Memurların Yargılanmasına İlişkin Sistemde Yapılması Gereken Değişiklikler, Türk İdare Dergisi, S.425, Ankara 1999, s.47 vd.
- Çağlar, Bakır, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda Türkiye, Türkiye Bilimler Akademisi Forumu 6, Ankara 2002.
- Çavuşoğlu, Naz, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesini Yaşayan Belge Yapan Yorum Teknikleri, İnsan Hakları Yıllığı, C.14, Ankara 1992, s.131-146.
- Çavuşoğlu, Naz, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukukundaki Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine, Ankara 1994.
- Çoksezen, Atakan, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Ceza Muhakemesi Tedbiri Olarak İletişimin Dinlenmesi, İstanbul 2006.
- Çolak, Haluk/Taşkın, Mustafa, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Ankara 2007.(Çolak/Taşkın)
- D.J. Haris/M.O. Boyle/C. Warbrick, Law of The European Convencion on Human Rights, London, 1995.
- Dalakouras, Theoharis; Beweisverbote Bezüglich der Achtung der Intimsphäre, Köln 1987.
- Danışman, Ahmet, Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması, Konya 1991.(Özel Hayatın Korunması)
- Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2006.
- Devellioğlu, Ferit, Osmanlıca Türkçe Ansiklopedik Lügat, İstanbul 1981.

- Dinç, Güney, Sorularla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Ankara 2006. (İnsan Hakları)
- Dinçkol, Abdullah, Türkiye’de Organize Suçluluk ve Sosyoekonomik Yapı, İstanbul Ticaret Üniversitesi Dergisi, Mayıs 2002, s.99-127.
- Doğru, Osman, İnsan Hakları Uluslararası Mevzuatı, İstanbul 1998.
- Doğru, Osman, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, C.I, İstanbul 2004. (İnsan Hakları C.I)
- Doğru, Osman, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, C.II, İstanbul 2004. (İnsan Hakları C.II)
- Donay, Süheyl, Özel Hayata Saygı Gösterilmesi Hakkı Üzerine Kuzey Hukukçularının Kongresi, İÜHFM, Y.1976, C.39, S.1-4, s.439-449. (Özel Hayat)
- Donay, Süheyl, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, İstanbul 1982. (Sanığın Hakları)
- Donay, Süheyl, Anayasalarda Ceza Hukuku ile İlgili Kurallar, Doğumunun 100. Yılında Atatürk Sempozyumu, İstanbul 1983.
- Donnelly, Jack, Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları (çev.: Mustafa Erdoğan-Levent Korkut), Ankara 1989.
- Dönmezer, Sulhi, Düşünce ve Kanaat Hürriyetinin Sınırı, Hürriyetin Özüne Dokunan Sınırlamalar, İHFM, Y. 1963, C.39, s.776-778.
- Dönmezer, Sulhi, Çağdaş Toplumda Şiddet ve Mafya Suçları, Şiddet; Cogito, Yapı Kredi Yayınları-üç aylık düşünce dergisi, S.6-7, Kış-Bahar, İstanbul 2001.
- Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku C.I, İstanbul 1997.
- Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.II, İstanbul 1999.
- Dönmezer, Sulhi, Adli Kolluk ve Yargı Kuruluşları İlişkisi, Adli Kolluk Kuruluş ve Görevleri, Antalya 1998,
- Dönmezer, Sulhi/Yenisey, Feridun, Ceza Adalet Sisteminin Etkinliği 1998, İstanbul 2000.
- Dönmezer, Sulhi, Çetelerle Mücadele Amacıyla 4422 sayılı Kanunla Kabul Edilen Koruma Tedbirleri, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu Konuşmalar Bildiriler Tartışmalar Belgeler, İzmir 2000, s.537-566. (Çetelerle Mücadele)
- Duran, Lütfi, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, Ankara 1974.
- Duran, Lütfi, Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, Ankara 1974.
- Duran, Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982. (İdare Hukuku)

Düren, Akın, İdare Hukuku Dersleri, Ankara 1979.

Er, Cüneyd, Biyometrik Yöntemler ve Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Ankara 2007.

Erdem, Mustafa Ruhan, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, [www.ceza - bb. adalet. gov. tr / makale / 115. doc](http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/115.doc), E.T.:15.12.2008. (Telekomünikasyon)

Erdem, Mustafa Ruhan, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda İletişimin Denetlenmesi, Hukuki Perspektifler Dergisi, S.3, Nisan 2005, s.97-107. (İletişimin Denetlenmesi)

Erdem, Mustafa Ruhan, Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, Ankara 2001. (Gizli Soruşturma Tedbirleri)

Erdem, Mustafa Ruhan/Özbek, Veli Özer, 4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi, Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000, s.249-303. (Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi)

Erem, Faruk, Hürriyet ve Suç, Ankara 1952.

Erem, Faruk, Teknik İlerleme ve Ceza Hukuku, AÜHFD, Y.1970, C.27, S. 3-4, s.15-26.

Erem, Faruk, Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku, Ankara 1986. (Ceza Yargılaması Hukuku)

Eren, Abdullah, Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri, İstanbul 2004.

Erkut, Celal, Hukuka Uygunluk Bloku, İstanbul, 1996.

Ersoy, Yüksel, Özel Telefon İşletmelerinin Dinleme ve Bilgi Verme Sorunları, Çetin Özek'e Armağan, İstanbul 2004, s.313-349. (Dinleme ve Bilgi Verme)

Eryılmaz, M. Bedri, Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama, Ankara 2003. (Arama)

Eryılmaz, Mesut Bedri, Suçla Mücadele Politikası Açısından Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, Ankara Barosu Dergisi, S.2006/3, s.41-70. (Suçla Mücadele Politikası)

Eryılmaz, Mesut Bedri, Polis İstihbarat, [www.dcaf.ch/_docs/ turkey_almanac TR 2005/file15. pdf](http://www.dcaf.ch/_docs/turkey_almanac_TR_2005/file15.pdf), (ET.07.09.2007). (İstihbarat)

Eryılmaz, M. Bedri, Ceza Muhakemesi Kanunu ve Adli Kolluk: Adli Kolluk Amirleri, Sorumluları ve Görevlilerinin Belirlenmesi, ABD, Y.65, S.1 Ankara 2007, s. 110-119.

Eser, Albin, Einführung in das Strafprozessrecht, München 1983.

Fendoğlu, Hasan T., Mevzuatımızda ve Önceki Hukukumuzda Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.6, Y. 1993, s.103-121.(Özel Hayatın Gizliliği)

Fendoğlu, Hasan Tahsin, Hukuk Tarihimizde Temel Haklar, Konya 1994.

Fendoğlu, Hasan Tahsin, Türk Hukuk Tarihi (Türk Devlet ve Anayasa Hukuku Tarihi), İstanbul 2000.

Feyizoğlu, Metin, Hürriyeti Bağlayıcı Cezalarda Tutuklama Koruma Tedbirinde Hürriyetin Sınırlanmasının Kapsamı, Sınırı ve Usulü Üzerine Bir Deneme, Yeni Türkiye 1996/10, s.704-705.

Feyizoğlu, Metin, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, Ankara 1996.

Feyizoğlu, Metin, Belirtilerin Şüphenin Yenilmesindeki İşlevi ve Benzer Ait Delil Araçlarının Somut Olayın Çözümünde Birlikte Değerlendirilmesi, ABD. S.2000/1, Ankara 2000, s. 20-44.

Feyizoğlu, Metin, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Ankara 2002. (Vicdani Kanaat)

Feyizoğlu, Metin, Yasama Dokunulmazlığı Üzerine Düşünceler, Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004, s.397-428.

Geleri, Aytekin/İleri, Hakan, Organize Suçlarla Mücadelede Gizli ve Örtülü Yaklaşımlar, Ankara 2003. (Organize Suçlarla Mücadele)

Gemalmaz, Mehmet Semih, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukuktaki Yeri, Hukuk Kurultayı 2000, 12-16 Ocak 2000, C.1, Ankara 2000.

Giritli, İsmet, Türkiye'nin İdari Yapısı, İstanbul 2001.

Giritli, İsmet/Bilgen, Pertev/Akgüner, Tayfun, İdare Hukuku, İstanbul 2001.

Gomien, Donna, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi El Kitabı, (çev. Serkan Cengiz-Utku Kılınç), İzmir 2008.

Göçer, Mahmut, Fransız Hukuku ve Anayasa Yargısında Özel Hayatın Gizliliği Hakkının Korunması, İHY, C.19-20, 1997-1998, s.151-172. (Özel Hayatın Gizliliği)

Gölcüklü, Feyyaz, Ceza Davasında Şahıs Hürriyeti (Muvakkat Yakalama, Tevkif), Ankara 1958.

Gölcüklü, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna Bireysel Başvuru Hakkı, Ankara 1995.

Gölcüklü, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Demokratik Toplum Ölçütü, A.Şeref Gözübüyük'e Armağan, Ankara 2005.

Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç Mustafa, Ceza ve Usul Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı ve Özel Soruşturma Usulleri, Ankara 2007.

Gökçen, Ahmet, Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma (Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi), Ankara 1994. (Elkoyma)

Gören, Zafer, Temel Hak Teorisi, Ankara 1995.

Gören, Zafer, Anayasa Hukukuna Giriş, İzmir, 1997.

Gören, Zafer, Anayasa Hukuku, Ankara 2006. (Anayasa Hukuku)

Gören, Zafer, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının Ana İlkesi: Dokunulmaz İnsan Onuru, İTÜSBD, Yıl 6, S.12, Güz. 2007/2, s. 21-37.

Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Bursa, 2000. (Türk Anayasa Hukuku)

Gözler, Kemal, Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri: Anayasanın 13'üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme, ABD, Y. 59, S.2001/4, s.53-67.

Gözler, Kemal, 3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği, Anayasa Yargısı 19, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2002.

Gözler, Kemal, İdare Hukukuna Giriş, Bursa 2002.

Gözler, Kemal, İdare Hukuku, C.II, Bursa 2003.

Gözübüyük, A. Şeref, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Kararlarından Seçme Özetler, AÜSBFD 1995, C.III, S.1, s.35 vd.

Gözübüyük, Şeref, Terör Olayları ve Yönetimin Sorumluluğu, AÜSBFD., Güneş'e Armağan, C.50, S. 3-4, Ankara 1995, s.193 vd. (Terör Olayları)

Gözübüyük, A. Şeref, Türkiye'nin Yönetim Yapısı, Ankara 2001. (Türkiye'nin Yönetim Yapısı)

Gözübüyük, Şeref, Yönetim Hukuku, Ankara 2004. (Yönetim Hukuku)

Gözübüyük, A. Şeref/Gölcüklü Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 2007. (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi)

Gözübüyük, A. Şeref/Tan, Turgut, İdare Hukuku, C.1, Genel Esaslar, Ankara 2007. (İdare Hukuku)

Günday, Metin, İdare Hukuku, Ankara 2003.

Gündüz, Arslan, Gelişmiş Batı Avrupa Ülkelerinde İnsan Haklarının Korunması, Türklerde İnsani Değerler ve İnsan Hakları-3. Kitap, İstanbul 1993.

Güral, N. Ege/Atasoy, Sevil, Adli Amaçlı Manyetik Bant İncelemesinde Yazdırma Yöntemleri, İBD., C.72, S.1-3, İstanbul 1998, s.72-78.

Güral, N. Ege, Manyetik Bant ve Benzeri Kaydedilebilir Gereçlerin Yargı Sisteme İçinde Geçirdiği Aşamalar, İBD, C.73, S.1-3, İstanbul 1999, s.106-111.

Hadley, Herbert Spencer, Mahremiyet Hakkı, (çev. Ali Emrah Bozbayındır), Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Prof. Dr. Hans Joachim Hirsch'e Armağan, Ankara 2007, 45-58.

Hafızoğulları, H. Zeki, Ceza Muhakemesi Usul Kanununda Yapılan Değişiklikler Üzerine, AÜHFD, 1993, S.1-4, s.37-46.

Hafızoğulları, Zeki, İnsan Hakları, Polis Görev ve Yetkisi, AÜHFD., C.44, S.1-4, Ankara 1995, s.565-585.

Hafızoğulları, Zeki, Ceza Normu, Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, Ankara 1996.

Hafızoğlu, Zeki, Hukuka Aykırı Surette Elde Edilen Deliller Meselesi, Yeni Türkiye Yargı Reformu Özel Sayısı, Y.2, S.10, Temmuz-Ağustos, Ankara 1996, s. 642 vd. (Hukuka Aykırı Deliller)

Hakeri, Hakan, Haksız Yakalanan ve Tutuklananlara Tazminat Verilmesi, Ankara 1999.

Hakeri, Hakan, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununda İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.1, 2006, s.21-36. (İletişimin Dinlenmesi)

Hakeri, Hakan, Türk ve Alman Hukuku'nda Koruma Tedbirlerinden Dolayı Tazminat, Sulhi Dönmezer Armağanı, C.II, Ankara 2008, s.867-912.

Hakyemez, Yusuf Şevki, Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Ölçülülük İlkesi, Hayri Domaniç'e Armağan, İstanbul 2001.

Helvacı, Serap, Türk ve İsviçre Hukukunda Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul 2001.

İçel, Kayıhan, Haberleşme Özgürlüğü, İHFM, C.41, İstanbul 1975, S.1-2, s.71-107.

İçel, Kayıhan, Kitle Haberleşme Hukuku, İstanbul 2001. (Kitle Haberleşme Hukuku)

İçel, Kayıhan/Donay, Süheyl, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, Genel Kısım I, İstanbul 1993.

İçel, Kayıhan/Yenisey, Feridun, Uygulamalı ve Karşılaştırmalı Ceza Kanunları, İstanbul 1994. (İçel/Yenisey)

İçel, Kayıhan/Ünver, Yener, Kitle Haberleşme Hukuku, İstanbul 2005.

İmre, Zahit, Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler, İHFM, C.39, S.1-4, İstanbul 1974, s.147-168.

İnceoğlu, Asuman Aytekin, Türk Hukukunda Adli Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Uğur Alacakaptan'a Armağan, C.1, İstanbul 2008.

İzgi, Ömer/Gören, Zafer, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, Ankara 2002.

Jacobs, Francis G./White, Robin C. A., The European Convention on Human Rights, Fourth Edition, Oxford 2006.

Kaboğlu, İbrahim Ö., Özgürlükler Hukuku, Ankara 2002. (Özgürlükler)

Kantar, Baha, Ceza Muhakemeleri Usulü, Birinci Kitap, Umumi Hükümler, Ankara 1957.

Kaya, Abdülkadir, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İletişimin Dinlenmesi ve Teknik İzleme, Yargı Dünyası, S.129, s.13-19.

Kayaoğlu, İsmet, İslam Kurumları Tarihi, Ankara 1985.

Kaymaz, Seydi, Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller, Ankara 1977.

Kaymaz, Seydi, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Ankara 2009. (İletişimin Denetlenmesi)

Kaynak, Ali Osman, Hazırlık Soruşturmasında Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi, ABD 1998, S.2 s.52 vd.

Kazıcı, Ziya, İslam Müesseseleri Tarihi, İstanbul 1991. (İslam Müesseseleri)

Kılıçoğlu, Ahmet Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk, Ankara 1993.

Kıratlı, Metin, Koruyucu İdari Hizmetler, Ankara 1973

Kilkelly, Ursula, Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı, İnsan Hakları El Kitabı, No 1, Strasbourg, 2001. (Özel Hayat)

Kongar, Emre, İmparatorluktan Günümüze Türkiye'nin Toplumsal Yapısı, C.I, İstanbul 1985.

Kunter, Nurullah, Tehlike Tedbirleri Genel Teorisi ve Para Cezaları İçin İcrai ve İhtiyati Haciz, İÜHFM., C.39, S.1-4, İstanbul 1969, s.17-41. (Tehlike Tedbirleri)

Kunter, Nurullah, Reformlar ve Suç Kolluğu, İHFM., 1972, C.37, S.1-4, s. 73-97.

Kunter, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1989.

Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun, Arama Elkoyma ve İletişimin Denetlenmesi, İstanbul 2000.

Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2003.

Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2006. (Ceza Muhakemesi Hukuku)

Kühne, Hans Heiner, Avukat Telefonlarının Dinlenmesi, (çev. Hakan Hakeri), Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Ankara 2004, s.99-109. (Avukat Telefonlarının Dinlenmesi)

Künhe, Hans-Heiner, Türk Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Koruma Tedbirleri, Hukuki Perspektifler Dergisi, S.3, Nisan 2005, s.44-47.

Loucaides, Loukis G., Essay on the Developing Law of Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, London 1995.

Macovei, Monica, Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Ankara, 2003.

Meran, Necati, Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı, Teknik Takip, Ankara 2009. (İletişimin Denetlenmesi)

Meray, Seha L., Devletler Hukukuna Giriş, C.1 , Ankara 1968.

Metin, Yüksel, Ölçülülük İlkesi, Ankara 2002. (Ölçülülük İlkesi)

Münci, Kapani, Kamu Hürriyetleri, Ankara 1981. (Kamu Hürriyetleri)

Münci, Kapani, İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, İstanbul 1987.

Münci, Kapani, Kamu Hürriyetleri, Ankara 1993.

Noyan, Erdal, Ceza Muhakemesi, Ankara 2005. (Ceza Muhakemesi)

Nuhoğlu, Ayşe, Adli Amaçlı Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi ile Teknik Araçlarla İzleme Tedbirine Konu Olan Suçlar, Yargı Dünyası, Sayı 128, Ağustos 2006, s.9-13.

Nuhoğlu, Ayşe, Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi, Sulhi Dönmezer Armağanı, C.II, Ankara 2008, s.1057-1067.

Onar, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.III, İstanbul 1960. (Umumi Esaslar)

Öktem, Emre, Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları, İstanbul 2007.

Önder, Ayhan, Ceza Muhakemeleri Usulü Hukukunda Arama, İHFM 1963, C. 29, S.3, s.424-457.

Özay, İlhan, Günışığında Yönetim, İstanbul 1996.

Özbek, Veli Özer, Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi, İzmir 1996.

Özbek, Veli Özer, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, Ankara 1999. (Arama)

Özbek, Veli Özer, Suç Kolluğu, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir, Ekim 2000.

Özbek, Veli Özer, Elektronik Ortamda Saklı Bulunan Verilerin Ceza Muhakemesi Delil Niteliği ve Değerlendirilmesi, İÜHFM, C.59, S.1-2, İstanbul 2001, s.181-200.

Özbek, Veli Özer, Organize Suçlulukla Mücadelede Ön Alan Soruşturmaları, DEÜHFD, İzmir 2002, C.4, S.2, s.57-88.

Özbek/Doğan, CMK İzmir Şerhi, 1. baskı, Ankara 2005. (Özbek/Doğan)

Özbek, Veli Özer, CMK İzmir Şerhi, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, Ankara 2005.

Özbek, Veli Özer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006. (Ceza Muhakemesi)

Özbek, Veli Özer/Kanbur, Nihat M./Bacaksız, Pınar/Doğan, Koray, Ceza Muhakemesi Hukuku Bilgisi, Ankara 2007.

Özbudun, Ergun, Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği, AÜHFD., Cumhuriyetin 50. Yılı Armağanı, C.I, Ankara 1977, s.265-295.

Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 1995.

Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2001. (Anayasa Hukuku)

Özdoğan, Ali, Teknik Dinlemeye Dair, Ankara, 2004. (Teknik Dinleme)

Özdoğan, Ali, Alman ve Fransız Teknik Dinleme Mevzuatları, www.egm.gov.tr/polis.Dergisi.32.sayi. (E.T. 19.05.2008)

Özek, Çetin, Organize Suç, Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul 1998, s.195-297. (Organize Suç)

Özen, Muharrem, Hakimin Cezai Sorumluluğu, Ankara 2004.

Özen Muharrem, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Hukukunda Gizli Soruşturma Tedbirleri, TCK-CMK-Kabahatler Kanunu ve İlgili Yönetmeliklerin Uygulamalarının Değerlendirilmesi Semineri Tebliğleri, 10-11 Şubat 2006, Ankara 2006, s.305-323. (Gizli Soruşturma Tedbirleri)

Öztürk, Bahri, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması), Ankara 1991. (Koğuşturma)

Öztürk, Bahri, Özel Hayatın Gizliliği ve Arama, MBD.,C.11, S.41 (Nisan 1992), s.4-13.

Öztürk, Bahri, 2253 sayılı Çocuk Mahkemeleri Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Uygulamasında Ortaya Çıkan Muhakeme Hukuku Sorunları, Facultatis Decima Anniversaria, M.Ü. Hukuk Fakültesi 10. Yıl Adliye ve Çocuk Suçluluğu Sempozyumu, İstanbul 1993.

Öztürk, Bahri, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 1994.

Öztürk, Bahri, Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları, Hukuka Aykırı Elde Edilen Deliller, Yasak Kanıtlar, AÜSBF İHM Yayını, Ankara, 1995. (Delil Yasakları)

Öztürk, Bahri, Organize Suçlulukla Mücadele, EGM, Arşiv Daire Başkanlığı, Ankara 1998.

Öztürk, Bahri, Ses ve/veya Görüntü Kaydeden Araçlarla Yapılan Tespitlerin Ceza Muhakemesi Hukukundaki Değeri, Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000, s.219-233. (Ses ve/veya Görüntü Kaydeden Araçlar)

Öztürk, Bahri, Tasarıda ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Delil Yasakları, Ceza Hukuku Reformu, (Sempozyum 20-23 Ekim 1999), İstanbul 2001.

Öztürk, Bahri, 2001 Anayasa Değişikliklerinin Ceza Muhakemesine Etkileri, 16. Hukuk İhtisas Semineri, Terör, Örgütlü Suçla Mücadele ve İnsan Hakları, S.2-3, 18-21.04.2002, Çeşme/İZMİR.

Öztürk, Bahri, Avrupa Birliğine Uyum Yasalarının Ceza Muhakemesine Etkileri, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004, s.723-747.

Öztürk, Bahri/Erdem M. Ruhan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006. (Ceza Muhakemesi)

Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan/Özbek, Veli Özer, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2004.

Öztürk, Bahri/ Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006.

Öztürk, Osman, Osmanlı Türk Tarihinde Mecelle, İstanbul 1973.

Özgenç, İzzet, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Ankara 2002.

Özgenç, İzzet, Terörle Mücadele Kanunu, Ankara 2006.

Pazarcı, Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri, C.I., Ankara 1994.

Pekcanıtez, Hakan/ Atalay, Oğuz /Özekes, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2001.

Reisoğlu, Sefa, Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları, İstanbul 2001.

R. Ruiz, Blanca, Privacy in Telecommunications, A European And An American Approach, Kluwer Law International, 1997. (Privacy in Telecommunications)

Rumpf, Christian, Türk Anayasa Hukukuna Giriş, Ankara 1995.

Rumpf, Christian, Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi, Anayasa Yargısı, Cilt 10, Ankara 1993, s.25-48.

Sabuncu, Yavuz, Anayasaya Giriş, Ankara 1997.

Sağlam, Fazıl, Türk ve Alman Anayasa Hukukları Açısından Gizli Ses Kaydı, AÜSBFD, C.30, S.1-4, Ankara 1977, s.107-116. (Gizli Ses Kaydı)

Sağlam, Fazıl, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara 1982.

Sağlam, Fazıl, 1982 Anayasasının Temel Hak ve Özgürlükler Bakımından Getirdiği Sorunlar, Bahri Savcı'ya Armağan, Ankara 1988, s.433-442.

Sancar, Türkan Yalçın, Çok Failli Suçlar, Ankara 1998.

Schröder, Friedrich Christian, Ceza Muhakemesinde Dürüst Yargılanma İlkesi, (çev. Cumhuriyet Şahin), Prof. Dr. Şakir Berki'ye Armağan, Konya 1996, C.5, S.1-2, s.269-283.

Schroeder/Yenisey/Peukert, Ceza Muhakemesinde Fair Trail İlkesi, İstanbul 1999.

Schroeder, Fredrich Christian/Yenisey, Feridun, Dürüst Yargılanma Hakkı (Fair Trail) İstanbul 1997.

Selçuk, Sami, Kanıtların Toplanmasında Yasallık, Dürüstlük ve Total Ceza Adaleti, YD. C.3, Nisan 1977, S.2, s.52-68. (Kanıtların Toplanması)

Sencer, Muzaffer, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı, Ankara 1987.

Sevük, Handan Yokuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklu ve Hükümlülerin Dış Dünya ile İletişimi, AÜEHFD, C.7, S.3-4, Y. 2003, s.344-356.

Sevük, Handan Yokuş, Kolluk Tarafından Suçun Önlenmesine Yönelik Yapılan İletişimin Denetlenmesine İlişkin Değerlendirmeler, TBBD, S.67, Ankara 2006, s. 41-57. (Suçun Önlenmesi)

Sevük, Handan Yokuş, Postada Elkoyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, TBBD, S.69, Ankara 2007, s. 97-124. (Telekomünikasyon)

Sokullu, Akıncı Füsün, Polis, Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi Polis Alt Kültür ve İnsan Hakları, İstanbul 1990. (Polis)

Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2005.(Ceza Hukuku Özel Hükümler)

Soyaslan, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2007. (Ceza Muhakemesi)

Soysal, Mümtaz, Anayasaya Giriş, Ankara 1969. (Anayasaya Giriş)

Soysal, Mümtaz, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, İstanbul 1990.

Sözüer, Adem, Türkiye'de ve Karşılaştırmalı Hukukta Telefon, Teleks, Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi, İHFM., Türkan Radoya Armağan Sayısı, C.LV, S.3., İstanbul 1997, s.66-110. (Özel Haberleşmenin Denetlenmesi)

Sözüer, Adem, Organize Suçlulukla Mücadele Kavramı ve Batı  lkelerinde Bu Suçlulukla Mücadele İle İlgili Gelişmeler, Hukuk Araştırmaları, C.9, S.1-3, İstanbul 1996, s.255-271. (Organize Suçlulukla Mücadele)

Şafak, Ali, Emniyet Teşkilatı: Kısımları, Görevleri, Ceza Hukuku El Kitabı, İstanbul 1989.

 ahbaz, İbrahim, Kar ıla tırmalı Hukukta ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hukuka Aykırı Deliller, ABD, S.I, Ankara 2006, s.101-130.

 ahbaz, İbrahim, İletişimin Denetlenmesi ve Yasak Deliller, Ankara 2009. (İletişimin Denetlenmesi)

 ahin, Cumhur, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Ankara 1994. (Sanığın Sorgulanması)

 ahin, Cumhur, Ceza Muhakemesinde İspat, Ankara 2001. (İspat)

 ahin, Cumhur, Ceza Muhakemesi  erhi, Ankara 2006. (Gazi  erhi)

 ahin, Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Ankara 2007. (Ceza Muhakemesi)

 ahin, Cumhur/ zgen , İzzet, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, Ankara 2007.

 ahin, İlyas, Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma, Ankara 2003.

 en, Ersan, Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında  zel Hayatın Korunması, İstanbul 1996. (Devlet ve Kitle İletişim Araçları)

 en, Ersan, Türk Hukukunda Telefonların Gizlice Dinlenmesi Sebebiyle Gündeme Gelen Hukuka Aykırılık Sorunu ve Kişi Haklarına Keyfi Muameleler, Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999, s.723-736. (Telefonların Gizlice Dinlenmesi)

 en Ersan, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda  zel Hayata Karşı Suçlar, İBD., C.79, S.3, İstanbul 2005. ( zel Hayata Karşı Suçlar)

 en, Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.1, İstanbul 2006.

 en, Ersan, İletişimin Denetlenmesi Tedbiri, CHD, Y. 2, S. 4, Ağustos 2007 s.97-137. (İletişimin Denetlenmesi)

 en, Ersan, Türk Hukukunda Telefon Dinleme Gizli Soru tırmacı X Muhbir, Ankara 2008. (Telefon Dinleme)

 im ek, Oğuz, 4422 Sayılı  ıkar Amaçlı Suç  rg tleriyle Mücadele Kanunu'nun 4. Maddesine Göre 'Kayıt ve Verilerin İncelenmesi' ve Kişisel Nitelikli Verilerin Korunması, İzmir Barosu Dergisi, Yıl.66, Ocak 2001, S.1, s.94-104. (Kayıt ve Verilerin İncelenmesi)

 im ek, Oğuz, Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, İstanbul 2008.

Tandoğan, Haluk, Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunma Tarzı ve Basın Yoluyla İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması, AÜHFD, S 1-4, C.20, 1963, s.1-36.

Taner, M. Tahir, Ceza Muhakemeleri Usulü, İstanbul, 1950. (Ceza Muhakemeleri Usulü)

Teziç, Erdoğan, 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, İstanbul 1972.

Tanör, Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, İstanbul 1998. (İletişimin Denetlenmesi)

Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Nemci, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2002.

Taşkın, Mustafa, Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Ankara 2008. (İletişimin Denetlenmesi)

Tekinay, S. Sulhi, Borçlar Hukuku, İstanbul 1974

Tezcan, Durmuş, Türk Hukukunda Haksız Yakalama ve Tutuklama (Önleyici ve Giderici Tedbirler), Ankara 1989.

Tezcan, Durmuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yeni Oluşumu ve Türkiye'ye İlişkin Bazı Davaları Hakkında Gözlemler, İzmir BD, C.72., S.10-11-12, İzmir 1998, s. 50 vd.

Tezcan, Durmuş, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Adli Kolluk, Ceza Adalet Sistemi ve Polis Sempozyumu, Ankara 1998.

Tezcan, Durmuş, Uluslararası Suçlulukla Mücadele İnterpol ve Faaliyetleri, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul 1998, s.355-365.

Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sancaktar, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara 2002. (Tezcan/Erdem/Sancaktar)

Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, R. Murat, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2007. (Ceza Özel Hukuku)

Toroslu, Nevzat/Feyizoğlu, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006.

Tosun, Öztekin, Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Gizli Dinleme, İHFM, C.41, S.3-4, İstanbul 1976, s.531-542.

Tosun, Öztekin, Ceza ve Medeni Muhakeme Hukuku Açısından Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilmiş Delillerin İspat Kuvveti, İstanbul 1976.

Tosun, Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Muhakemenin Yürüyüşü II, İstanbul, 1976. (Türk Suç Muhakemesi)

Tosun, Öztekin, Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları, Değişin Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanununun 50. Yılı ve Geleceği Sempozyumu, 22-26 Mart 1967, İstanbul 1977.

Tosun, Öztekin, Suç Kolluğu ve Savcılık, Yargı, 1980, S.45.s.12 vd. (Suç Kolluğu)

Tunaya, Tarık Zafer, Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku, İstanbul 1975.

Turgut, Kasım/Mahmutoğlu, Abdülkadir, Suçun İşlenmesinin Önlenmesi Amacıyla Gerçekleştirilen İstihbarat Faaliyetlerinde Mülki İdare Amiri-Kolluk İlişkisi, İdarecinin Sesi, Sayı 121, Mart-Nisan 2007, s.24-29.

Turhan, Mehmet, Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri, Anayasa Yargısı 8, Ankara 1991, s.401-420.

Turhan, Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006.

Türkmen, Ali, İslam İletişim Hukuku, Samsun 1996.

Türmen, Rıza, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırlamaları, YD., S.1-2, Ankara 2002, s.192-213.

Uygun, Oktay, Kanada Yüksek Mahkemesi Kararlarında Ölçülülük İlkesi, Edip F. Çelik'e Armağan, İstanbul 1995, s.393, 394.

Uygun, Oktay, 1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, İstanbul 1992.

Ünal, Şeref, Yasama Dokunulmazlığı, AD., Y.78, S.6, (Kasım-Aralık 1987), s.7-17.

Ünlü, Ahmet Hamdi, Üniversite Personelinin Göreve İlişkin Suçlarının Kovuşturulması, Danıştay Dergisi, S.52-53, s.23 vd.

Ünver, M. Naci, Uygulamada Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ve Cürüm İçin Teşekkül Oluşturmak, İstanbul 2001.

Ünver, Yener, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Hukuku Genel Hükümleri (26-27 Mart 1997-İstanbul) İÜHF Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul 1998.

Ünver, Yener, Federal Almanya'da Terör ve Organize Suçluluk İle İlgili Düzenlemeler, Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul 1998.

Ünver, Yener, Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl 1, Sayı 2, Aralık 2006 s.103-205. (İspat)

Ünver, Yener/Hakeri, Hakan, Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, TBBY, Ankara 2006.

Üzeltürk, Sultan, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, İstanbul 2004. (Özel Hayatın Gizliliği)

Vatan, Zeki, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak İletişimin Denetlenmesi, İstanbul 2009.

Yarsuvat, Duygun, Çıkar Amaçlı Örgütlü Suçların Koğuşturulması, Ceza Hukuku Reformu, İstanbul 2001. (Örgütlü Suçların Koğuşturulması)

Yarsuvat, Duygun, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına Göre Kişi Hürriyeti ve Güvenliği, Özel Hayatın Gizliliği, Konut Dokunulmazlığı ve Haberleşme Hürriyeti Üzerine Düşünceler, Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Hukuku 1. Uluslararası Sempozyumu, 22-24 Nisan Ankara, Ankara 2004.

Yaşar, Yılmaz, Açıklamalı Polis Meslek Hukuku, Ankara 1996.

Yavuz, A. Hakan, Ceza Yargılamasında Bir Koruma Tedbiri Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, TBBD, S. 60, Ankara 2005.

Yayla, Yıldızhan, İdare Hukuku, İstanbul 1990. (İdare Hukuku)

Yazıcı, Nesim, Klasik İslam Döneminde Haberleşme Kurumu İle İlgili Bazı Mülahazalar, AÜİFD, C.29, Ankara 1987. (Klasik İslam Döneminde)

Yazır, M. Hamdi, Hak Dini, Kuran Dili, C.6, İstanbul 1935. (Hak Dini)

Yenerer, Özlem, Ceza Muhakemesinde Arama ve Konut Dokunulmazlığı (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1996.

Yenidünya, Caner/ Değirmenci, Olgun, Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukunda Terörün Finansmanı Suçu, Sulhi Dönmezer Armağanı, C.II, Ankara 2008, s.1263-1294.

Yenisey, Feridun, Hazırlık Soruşturması ve Polis, İstanbul 1993.

Yenisey, Feridun, Zabıta ve Adli Kolluk Kanunu Tasarısı, İçel/Yenisey, Ceza Kanunları, TCK, CİK, CMUK, İstanbul 1994.

Yenisey, Feridun, İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama ve İfade Alma, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişisel Haklar Semineri, (Mart-Nisan 1995), Ankara 1995.

Yenisey, Feridun, Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukukunda Hazırlık Soruşturması ve Polis, İstanbul 1996.

Yenisey, Feridun, Çıkar Amaçlı Örgüt Suçlarındaki Araştırmalar, Hukuk Kurultayı, C.II, Ankara 2000, s.103-131.

Yenisey, Feridun, Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Yöntemleri, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, C. 2, Ankara 2000, s.118 vd.

Yenisey, Feridun, Organize Suçlulukla Mücadelede Özel Ceza Muhakemesi Hukuku Tedbirleri, Hukuk Kurultayı 2000, Ankara 2000, s.103-131. (Organize Suçlulukla Mücadele)

Yenisey, Feridun, Çıkar Amaçlı Örgüt Suçlarındaki Araştırmalar, Hukuk Kurultayı, Ankara 2000, C.2, s. 103-131. (Çıkar Amaçlı Örgüt)

Yenisey, Feridun, Mukayeseli Hukukta ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Teknik İzleme, Yargı Dünyası, S.131., Kasım 2006, s.11-25.

Yenisey, Feridun, Ceza Muhakemesi Hukukunda (Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş) Delil, CHD, Y.2, S.4, Ağustos 2007, s.5-61. (Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil)

Yenisey, Feridun, Polis Hukukuna Giriş, Sulhi Dönmezer Armağanı, C.II, Ankara 2008, s.1321-1441.

Yenisey, Feridun/Altunç, Sinan, İletişimin Denetlenmesi Hakkında, Sulhi Dönmezer Armağanı, C.II, Ankara 2008, s.1295-1319.

Yıldırım, Gülşen, Özel Hayat, Aile Hayatı, Haberleşme ve Mesken, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin 8. Maddenin Genişletilmiş Yorumu İle Sağlanan Koruma, TBB, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu, Ankara 2004, s. 385-426. (Haberleşme ve Mesken)

Yıldız, Mustafa, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı, İstanbul 1998.

Yıldız, Ali Kemal, Ses ve Görüntü Kayıtlarının İspat Fonksiyonu, CHD, S.2, Ankara 2006, s.253-265. (Ses ve Görüntü Kayıtları)

Yıldız, Ali Kemal, Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma, SÜHFD, S.14, Konya 2006, s.131-214.

Yılmaz, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Ankara 1985.

Yurtcan, Erdener, Yargı Kararları Işığında Hukuka Aykırı Delile Dayanma Yasağı, Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul 1998, s.519-534.

Yurtcan, Erdener, Haberleşme Araçlarının Dinlemeye Alınması, Güncel Hukuk Dergisi, S.10, İstanbul 2004.

Yurtcan, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul 1994.

Yurtcan, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul 2007. (Ceza Yargılaması)

Yüce, Turhan Tufan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuk Devleti Esasları, Erzurum 1968. (Hukuk Devleti Esasları)

Yüce, Turhan Tufan, Sanığın Savunması ve Korunması Açısından Ceza Soruşturmasının Ümanist İlkeleri, TBBD, , S.1, Ankara 1988, s.160 vd. (Ümanist İlkeler)

Yüce, Turhan Tufan, Ceza Yargılaması Hukukunda Zorlayıcı Önlem Teorisi, EÜHFD, C.I, S.I, İzmir 1980, s.67-96. (Zorlayıcı Önlem Teorisi)

Yüzbaşıoğlu, Nemci, Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İstanbul 1993. (Anayasallık Bloku)

Yüzbaşıoğlu, Nemci, Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine, İHMD, Mayıs, 1994, s.26-38.

Zafer, Hamide, Siyasi Suç, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul 1997.

Zafer, Hamide, Ceza Hukukunda Terörizm ve Terörle Mücadele Yöntemleri, İstanbul 1996. (Ceza Hukukunda Terörizm)

Zafer, Hamide, Ceza Hukukunda Terörizm, İstanbul 1999.

Zafer, Hamide, 4483 sayı ve 02.12.1999 tarihli Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un Değerlendirilmesi, İBD, S.4, İstanbul 2000, s.981-1013.

Zafer, Hamide, Polis Vazife ve Selahiyet Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair 5681 Sayılı Kanunun Değerlendirilmesi, Sulhi Dönmezer Armağanı, C.II, Ankara 2008, s.1573-1602. (5681 Sayılı Kanunun)

Zanobini, Guido, İdare Hukuku, C.I, Umumiyet İtibariyle İdari Nizam, (çev. Atıf Akgüç/Sahir Erman), İstanbul 1945.

Zevkliler, Aydın/Havutçu, Ayşe, Medeni Hukuk Temel Bilgiler, Ankara 2005.

Warren, Samuel D./ Brandeis, Louis D., Mahremiyet Hakkı, (çev. Gülay Arslan), Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Prof. Dr. Hans Joachim Hirsch'e Armağan, Ankara 2007, s.19-42.

Wong, Thomas, Regulation Of Interception Of Communications in Selected Jurisdictions, s.1-75, <http://legco.hk/yr04-05/english/sec/library/0405rp02e.pdf>. (E.T. 15.02.2009).